

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA
SÉPARATION DES POUVOIRS
ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE
ET LE
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
EN ROUMANIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 9 Décembre 1936, à 13 h. 30

PAR

DIMITRIE OROVEANU

Président : M. MESTRE, professeur.

Suffragants { *MM. ROLLAND, professeur.*
LAFERRIÈRE, professeur.

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON et C^{ie}

160, RUE SAINT-JACQUES

1936

LA SÉPARATION DES POUVOIRS

ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE

ET LE

CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

EN ROUMANIE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA
SÉPARATION DES POUVOIRS
ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE
ET LE
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
EN ROUMANIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 9 Décembre 1936, à 13 h. 30

PAR

DIMITRIE OROVEANU

Président : M. MESTRE, professeur.

Suffragants { *MM. ROLLAND, professeur.*
LAFERRIÈRE, professeur.

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON et C^{ie}

160, RUE SAINT-JACQUES

1936



LA
SÉPARATION DES POUVOIRS
ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE
ET LE
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
EN ROUMANIE

INTRODUCTION

Dans les États modernes, la base de l'organisation est le principe de la séparation des pouvoirs. Indépendamment de son origine historique, de son fondement rationnel, ou de la façon dont il est interprété et de la terminologie qui le désigne, son existence n'est pas contestée, et il explique et détermine les modes et les rapports des activités étatiques fondamentales.

En Roumanie, pays de constitution rigide, ce principe est formellement consacré, et les trois pouvoirs — législatif, exécutif et judiciaire — nommément désignés, sont nettement séparés.

Tant qu'on considère ces pouvoirs — et spécialement l'exécutif et le judiciaire — dans leurs rapports avec les administrés et avec les particulières justiciables, la séparation entre eux est précise. Mais dès qu'on considère les rapports des deux pouvoirs entre eux, des problèmes de compétence se posent. En effet le pouvoir judiciaire est chargé de résoudre, par des solutions d'espèce, les conflits ; sous cet aspect fonctionnel, c'est le pouvoir de juridiction. Mais ces conflits peuvent naître de l'activité du pouvoir exécutif, et dans ce cas, des actes ou des agissements de l'administration sont mis en cause. Les organes du pouvoir judiciaire resteront-ils compétents de juger ces litiges où l'administration est direc-

tement intéressée ? L'indépendance dont a besoin un pouvoir séparé peut-elle subsister, n'est-elle pas atteinte, si ce pouvoir est soumis à la juridiction d'un autre pouvoir ? Autrement dit, la compétence juridictionnelle du judiciaire s'étend-elle aux litiges administratifs ? Cette question n'intéresse plus seulement l'aspect fonctionnel mais le sens politique de la séparation des pouvoirs.

En Roumanie la séparation des pouvoirs est entendue en principe dans le sens que le pouvoir judiciaire a seul des organes juridictionnels, c'est-à-dire ayant le pouvoir de donner des solutions de droit avec force de vérité légale aux litiges dont ils sont saisis, si ces litiges sont fondés sur des droits subjectifs. Et en même temps tout litige fondé sur la violation d'un droit est assuré de trouver un juge. Les litiges suscités par l'activité de l'administration seront donc la règle générale : ils seront jugés par les autorités judiciaires.

Il ne s'ensuit cependant pas que le pouvoir exécutif perde toute indépendance. Un rapport de subordination serait incompatible avec l'existence de cet équilibre des pouvoirs que poursuit le principe de séparation. En effet, si le contentieux administratif n'est pas soustrait au pouvoir judiciaire, la compétence d'en connaître ne laisse pas d'être bien différente de celle que ce pouvoir a sur les litiges entre particuliers.

Cette double nécessité, imposée par les principes constitutionnels roumains — de concilier la plénitude des attributions du pouvoir judiciaire à l'effet de protéger les droits subjectifs, avec une certaine indépendance de l'administration commandée par le système du régime administratif —, est le point de départ qui a fait que, dans cette étude sur le système roumain du contentieux administratif examiné dans ses rapports avec le principe de la séparation des pouvoirs, nous nous sommes attaché à rechercher en général quelle est la frontière que le principe de séparation pose au judiciaire dans les deux cas où celui-ci doit connaître de l'activité administrative.

La sanction de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire est donc une *limitation* du pouvoir que le juge a sur les litiges administratifs. Dire simplement que les Tribunaux de l'ordre judiciaire jugent ces litiges n'est pas en soi une solution du problème des limites de leur compétence.

Mais la question de cette compétence spéciale, limitée, se pose dans des cas distincts, dans des matières diverses, pour des juridictions plus ou moins spécialisées :

1^o Dans les actions dirigées contre l'administration devant les juridictions ordinaires, ce sont en principe les règles du droit commun qui s'appliquent. Cela ne fait aucune difficulté lorsqu'il s'agit de l'État ou de ses démembrements agissant pour leur patrimoine comme pourrait le faire un simple particulier. C'est là le contentieux ordinaire des actes de la vie privée, et le contentieux des opérations de gestion ou actes administratifs du commerce juridique bilatéral (car nous verrons que c'est ainsi qu'est actuellement caractérisée en droit roumain cette catégorie d'actes administratifs qu'on appelle actes de gestion). Autrement dit, le contentieux des opérations patrimoniales, propriété et conventions.

Mais en dehors de ces actions, il reste sous l'empire de droit commun encore une catégorie : c'est celle des actions en dommages nées de l'obligation de réparer le préjudice injustement causé. Ce sont des actions directes contre l'administration, ou contre les agents administratifs, visant à la réparation du préjudice causé par l'activité administrative de l'État. Ce contentieux de l'indemnité a cela de particulier du point de vue qui nous intéresse — celui de la séparation des pouvoirs — que le juge qui en connaît doit apprécier la *faute* commise par l'administration ou par ses agents. (En effet nous verrons que c'est la faute qui, en règle générale, fonde l'obligation à réparer dans le droit commun de la responsabilité, surtout lorsque le recours est porté

devant des juges ordinaires.) Et rechercher la faute c'est, quand celle-ci n'est pas prédéterminée par la loi — elle l'est quand elle constitue une illégalité —, comparer le fait imputé à faute et qui constitue une activité *anormale*, à la notion de l'activité *normale*. La détermination du normal par le juge, alors qu'il s'agit de l'activité administrative, ne va pas sans toucher de très près le domaine réservé à l'administration par la séparation des pouvoirs.

2° La loi du 23 décembre 1925, appelée « loi pour le contentieux administratif », organise un recours spécial contre certains actes de l'administration.

Ce recours peut aller jusqu'à procurer au réclamant l'annulation d'un acte administratif d'autorité, ou à obliger l'administration à faire ou à modifier un tel acte.

Eu égard à la conception roumaine de la séparation des pouvoirs, la compétence accordée au juge judiciaire par la loi de 1925 contrevient-elle au principe ? Nous verrons que non. Et pour cela nous aurons à examiner la question de savoir si le recours créé en 1925 est ou non un recours objectif en annulation. Mais c'est toujours le principe fondamental de la séparation des pouvoirs qui nous aidera à caractériser ce recours, comme à son tour le caractère spécial de ce recours — commandé par le respect des institutions constitutionnelles de 1866, et en parfaite concordance avec ces institutions — nous aidera à préciser la conception constitutionnelle de la séparation des pouvoirs.

Quant à la question de la limite des pouvoirs du juge, elle se pose dans l'action accessoire en dommages, tout comme dans le recours ordinaire.

3° Si maintenant on se réfère aux diverses lois spéciales enlevant aux tribunaux de droit commun le jugement des litiges suscités par l'activité de certains services publics, par certaines opérations administratives déterminées, — pensions, contributions, douanes, assurances sociales, etc. —, on remarque que les juridic-

tions spéciales créées par les lois restent dans l'ordre judiciaire, car elles sont rattachées par l'appel ou par le recours en cassation aux tribunaux ordinaires de droit commun.

Ainsi la limitation de la compétence judiciaire commandée par la séparation des pouvoirs intervient pour déterminer les pouvoirs du juge d'appel ou de cassation sur les décisions des juridictions spéciales.

Le système de ces juridictions constitue un essai de collaboration entre la compétence administrative et la compétence judiciaire. La nécessité où l'on s'est trouvé d'introduire l'esprit et le personnel administratifs dans le jugement des litiges soulevés en certaines matières administratives, met en évidence ce qu'il y a de foncièrement limité quant aux pouvoirs du judiciaire à l'égard des litiges administratifs en droit roumain.

4° Enfin, les recours formés devant les comités de révision, juridictions administratives chargées du contrôle objectif des actes des administrations locales — départements et communes —, ne peuvent en aucun cas fermer la voie de la justice ordinaire dès que des droits subjectifs sont en jeu. De plus, les décisions de ces juridictions sont attaquables devant la cour de cassation pour *laesio juris*.

Ainsi dans toutes les voies de justice ouvertes contre l'administration on peut retrouver cette double règle qui a son origine dans la séparation des pouvoirs : d'un côté la compétence intégrale et exclusive du pouvoir judiciaire de connaître des droits des administrés ; d'un autre côté une limitation de cette compétence, limitation commandée par la nécessité d'une certaine indépendance de l'administration, et qui se traduit par une tendance vers une détermination légale de la décision du juge et par une restriction de sa liberté d'apprécier les faits.

La présente étude comporte deux parties : la première

visé à déterminer la conception roumaine de la séparation des pouvoirs ; la deuxième, examinant les quatre catégories de recours en justice ouverts contre l'administration, contrôle et précise — par l'examen du fonctionnement de ces recours dans la pratique — les conclusions de la première patrie.

PREMIÈRE PARTIE

LA SÉPARATION DES POUVOIRS

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

EXPOSITION ET RAISON D'ÊTRE DU PRINCIPE

§ 1. — LE POUVOIR SOCIAL. NÉCESSITÉ DE L'ORGANISER JUDIRIQUEMENT

Dans toute société organisée, et quel que soit le degré de son organisation, un pouvoir existe qui, fût-il exercé par un seul individu, se distingue nettement de tout pouvoir individuel, car aux individus formant le groupe aussi bien qu'aux étrangers, il apparaît comme l'expression de l'unité du groupe.

Quelle que soit la manière dont on interprète le pouvoir social, quel que soit le fondement qu'on lui donne, sa réalité est incontestable.

La tâche du pouvoir est de veiller à la protection de l'intérêt commun, qui est celui de la société considérée indépendamment des individus qui la composent. La poursuite du but social nécessite une activité qui, dans les Etats modernes, a pris une étendue et une complication si grande qu'on peut dire que de nos jours cette activité a passé sur le premier plan en conditionnant les modes de l'activité des individus. L'individu vivant en société, fait le sacrifice d'une partie de sa liberté pour que le pouvoir social lui assure l'exercice de ses facultés dans *l'ordre*, que l'individu laissé à lui-même est tenté de méconnaître pour son avantage égoïste.

Le pouvoir possède donc la puissance gouvernante, c'est-à-dire le *moyen* de réaliser sa mission.

Que cette puissance soit interprétée comme la souveraineté de l'État, *droit* de commander un et indivisible, ou simplement comme « une puissance de fait appartenant à un individu ou à un groupe d'individus », « un ensemble de prérogatives qu'en fait peut exercer sur un territoire un groupe d'hommes ¹ » il est incontestable qu'elle doit être organisée, car l'esprit humain répugne à l'informe : donner une forme à une activité, c'est l'organiser. Organiser, c'est disposer les parties d'un tout, d'un corps, en vue de la réalisation des fonctions auxquelles elles sont destinées. Il est donc tout naturel qu'on analyse les diverses fonctions que l'exercice du pouvoir comporte.

La raison première de fractionner le pouvoir réside donc dans le besoin naturel de notre esprit de l'analyser. Le résultat sera, au point de vue rationnel, la détermination d'un certain nombre de fonctions du pouvoir ; distinguer plusieurs fonctions c'est déjà les considérer séparément. Le point de vue politique sera de déterminer un arrangement des autorités chargées des diverses fonctions de l'État, en vue de réaliser la meilleure organisation du pouvoir.

Il est certain que dans les rapports de l'individu avec le pouvoir, la situation de ce dernier est nettement dominante. Mais ces rapports s'établissent sur le plan du droit, ce sont des rapports juridiques ; l'individu est donc protégé par des règles de droit qui régissent ces rapports. Mais l'administration du droit se fait par l'intermédiaire du pouvoir ; plus même, l'expression du droit en des règles positives, est commandée par le pouvoir étatique. Pour que le droit élaboré par la conscience juridique d'un groupe social s'impose pratiquement, il est donc nécessaire que le pouvoir social pour-

1. Léon DUGUIT. *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, 1932.

suive ce but, donc qu'il soit organisé de façon que la traduction du droit et son application soient assurées le mieux possible.

Toute volonté individuelle est une volonté particulariste ; elle agit dans le sens de son propre avantage au risque de désagréger le groupe. Il est donc nécessaire que son champ d'action soit limité par le droit pour rendre possible l'activité de volontés concurrentes. La puissance gouvernante, doit concilier les activités concurrentes des individus, par la poursuite de cette limitation, en même temps qu'elle doit assurer la continuité du groupe par la prédominance de l'intérêt général.

Mais le pouvoir est exercé par des hommes : les gouvernants. Il faut donc empêcher que ceux-ci, exerçant un pouvoir trop grand, puissent, en perdant de vue le but d'intérêt général qui seul justifie ce pouvoir, opprimer les individus pour s'assurer de façon permanente une situation privilégiée. Ce serait l'intérêt personnel des gouvernants que servirait le pouvoir qu'ils exercent. L'appétit du pouvoir, de la domination de la masse dans le but d'avantages personnels à réaliser, est une des plus fortes tentations que subissent les hommes. Il est donc tout naturel qu'on ait pensé à partager ce pouvoir entre des organes différents, afin que « le pouvoir arrête le pouvoir ¹ ».

Le problème de la séparation des pouvoirs est donc avant tout un problème politique, un problème d'organisation de l'État. La manière de réaliser cette organisation peut procéder de conceptions doctrinales différentes, son fondement théorique peut s'appuyer sur des constructions philosophiques variées, mais sa raison d'être demeure la poursuite de ce but.

1. Montesquieu, livre XI, chap. iv : « ...c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites... Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. »

§ 2. — LES IDÉES DE MONTESQUIEU. LA CONCEPTION DE LA RÉVOLUTION

Si la séparation des pouvoirs a pour but de mettre fin aux abus d'un pouvoir trop grand, et de réaliser la liberté politique, il est tout naturel qu'elle ait fonctionné d'abord en Angleterre, pays d'origine du gouvernement constitutionnel. C'est en observant le fonctionnement de ce régime que Montesquieu formula de façon frappante le principe de la séparation¹ comme remède au despotisme. Les trois pouvoirs, dont l'exercice par un seul rend impossible la liberté politique sont : celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. Ces pouvoirs sont donc, dans la pensée de Montesquieu, des fonctions, des magistratures ; les confier à des organes différents constitue plus « un procédé d'art politique » qu'une théorie d'une division tripartite de la souveraineté².

Comme la question des rapports du judiciaire et de l'exécutif va nous intéresser spécialement par la suite, voyons ce qu'entend Montesquieu par ces deux puissances : « Par la seconde, il [le prince] fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger ; et l'autre, simplement la puissance exécutrice de l'État. » On voit que la question des rapports des deux pouvoirs entre

1. Montesquieu, livre XI, chap. vi. Avant Montesquieu, Locke et même Aristote avaient analysé les fonctions de l'État (V. Berthélemy. *Droit adm.*, 1930, p. 13, note 1). Mais ce n'étaient là que classifications théoriques. La préoccupation de *séparer* les organes exerçant des fonctions spécialisées n'apparaît qu'avec Montesquieu. Cf. GIDEL, *Les rapports du législatif et de l'exécutif, cours de droit constitutionnel*, 1930-1931, pp. 31 et s...

2. LÉON DUGUIT. *Traité de droit constit.*, 2^e éd., Paris, 1921, II, p. 521.

eux ne se pose pas : être séparés, cela signifie seulement que les « différends des particuliers » ne doivent pas être jugés par la puissance exécutrice car « le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur ». Le pouvoir de juger est limité à « la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit civil ». Il n'est pas question d'une fonction juridictionnelle entendue de façon générale. Les démêlés des particuliers avec l'autorité dépendraient « du droit des gens », d'une sorte de droit public interne, et il appartient à la puissance exécutrice de ces choses d'y apporter une solution. Si le système de Montesquieu conçoit les pouvoirs de cette façon, c'est que la séparation est préconisée à un double point de vue : fonctionnel et organique. La nécessité de séparer les organes, et donc de les rendre indépendants, s'oppose à une séparation des fonctions absolue théoriquement. La fonction confiée à chaque organe est bien plus une mission pratique qu'une catégorie d'activité théorique.

Lorsque le principe de la séparation des pouvoirs fut adopté par l'idéologie révolutionnaire, il semble bien que le pouvoir judiciaire ne fut pas compris différemment. Cependant ce qu'apporta la Révolution, ce fut la conception de pouvoirs personnalisés, participant de la nature de la souveraineté nationale.

« Dominée par l'esprit classique, nous dit Léon Duguit¹, passionnée pour les formules générales et abstraites, amoureuse des théories de métaphysique politique, l'Assemblée Nationale voit dans la séparation des pouvoirs une division de la souveraineté en divers éléments..., chacun de ces éléments étant délégué par représentation à un organe distinct, qui, logiquement, sera indépendant et souverain dans la sphère de souveraineté qui lui est attribuée par représentation. » Et encore : « dans la Constitution de 1791 les pouvoirs ne sont ni des fonctions ni des organes... Les pouvoirs, ce

1. DUGUIT. *Op. cit.*, II, p. 521.

sont les éléments constitutifs de la volonté nationale souveraine, en tant qu'elle est fractionnée ». Ce qu'a fait la Révolution, c'est donc de considérer les pouvoirs comme des entités représentatives de la souveraineté et non comme des fonctions, des missions différentes du Pouvoir Étatique, confiées à des organes différents. Ce qu'ont voulu les hommes de la Révolution, c'était d'établir le gouvernement sur des principes, de construire rationnellement l'édifice de l'État. Or le dogme régnant était celui de la souveraineté nationale. Il fallait donc que les pouvoirs participent de cette souveraineté. Ces pouvoirs seront indépendants et leur indépendance affirmée par les interdictions énergiques et répétées posées par les lois révolutionnaires. Bien entendu, la base de la distinction des pouvoirs a été la fonction différente qu'ils auraient à remplir. On a donné à chacun une compétence pour marquer leur séparation ; et choisie telle, qu'elle pût fonctionner toute seule et s'opposer aux autres. Mais on s'est occupé beaucoup plus de leur indépendance réciproque que de leur collaboration. La preuve, c'est que les litiges avec l'administration n'ont pas été confiés au pouvoir judiciaire ; on ne considèrerait même pas cela comme une exception¹, car le pouvoir judiciaire n'exerçait pas toute la fonction juridictionnelle, mais bien, comme l'avait dit Montesquieu, « la puissance exécutive du droit privé ».

Cette conception du législateur révolutionnaire a été sévèrement critiquée. Ce n'est pas que l'on ignorât sa préoccupation constante d'empêcher les abus auxquels les anciens parlements s'étaient livrés. C'est sur le terrain des principes que ces critiques sont formulées. Ainsi M. le professeur JACQUELIN, est d'avis que par là le principe de la séparation des pouvoirs se trouvait déjà dès lors gravement compromis². C'est que M. JAC-

1. DUGUIT. *Op. cit.*, p. 528, 531.

2. René JACQUELIN. Les signes distinctifs du cont. adm. *Cours de Doctorat*, 1930-1931, p. 51.

QUELIN conçoit le pouvoir judiciaire comme devant avoir toute la juridiction. Maurice HAURIOU¹, tout au moins dans les litiges où la puissance publique n'intervient pas, trouve de même que le pouvoir judiciaire, gardien des droits individuels, doit intervenir, car « ce sont là des attributions consacrées... par l'ensemble des lois ».

Sur quoi se fondent ces critiques ? Sur une notion de la séparation des pouvoirs appuyée à son tour autant sur le but politique qu'elle doit réaliser, que sur une conception rationnelle de sa nature. C'est ce que nous allons examiner.

1. Maurice HAURIOU. *Droit adm.*, 1933, p. 344.

TITRE PREMIER

LA CONCEPTION THÉORIQUE

CHAPITRE PREMIER

LES DIVERS SYSTÈMES DOCTRINAUX

§ 1. — LE POINT DE VUE OBJECTIVISTE. LA DOCTRINE DE LÉON DUGUIT

La Révolution concevait les trois pouvoirs comme des démembrements de la souveraineté nationale, exercés par délégation par des représentants de cette souveraineté ¹. On a vu comment Léon DUGUIT considérait cette conception ; elle contredisait le principe de la souveraineté une et indivisible. Il est vrai que par l'idée de la délégation la souveraineté apparaissait dans chacun de ces trois pouvoirs. Ce qui faisait écrire à DUGUIT : « l'esprit rapproche spontanément cette théorie de la trinité politique de la théorie théologique de la Trinité Divine ² ».

Pour un esprit réaliste, le fondement des pouvoirs ainsi conçu apparaît comme une spéculation abstraite et arbitraire. Pour Léon DUGUIT il n'y a aucun pouvoir. Il n'y a que des agents. « Il est facile de montrer que ce qu'on appelle aujourd'hui séparation de pouvoirs, c'est une règle en vertu de laquelle il existe plusieurs organes,

1. Constitution des 3-14 septembre 1791, préambule du titre III.

2. HAURIOU. *Droit constit.*, 1923, p. 400, aussi déclare que ce point de vue métaphysique ne peut mener à rien : « ...toute divisibilité de la volonté ainsi comprise est en contradiction logique avec la conception de l'unité substantielle ».

une action réciproque de l'un sur l'autre et aussi une séparation entre le personnel administratif et le personnel judiciaire, une indépendance aussi grande que possible attribuée au personnel judiciaire¹. » Les pouvoirs ne sont pas un fragment détaché de la souveraineté. Les gouvernants participent à l'exercice des fonctions de l'État d'une certaine manière déterminée par la constitution. Des fonctions distinctes, et l'indépendance suffisante des dépositaires de la fonction, ne fondent pas un pouvoir. Pour cela il faudrait un démembrement de la souveraineté, conception métaphysique. Ainsi Duguit amène la question de la séparation des pouvoirs sur le plan de la règle de droit qui établit des compétences. « Cette séparation des agents judiciaires et des agents administratifs est aussi parfois appelée séparation des pouvoirs. Expression inexacte qui est la cause de beaucoup de confusions et même d'erreurs ; on devrait dire tout simplement séparation des deux ordres ou des deux autorités judiciaire et administratif » (p. 542). Ainsi cette mise au point du principe appelé séparation des pouvoirs procède de la conception objectiviste du doyen de Bordeaux. On ne peut parler de pouvoirs, car par là on est immédiatement amené à des spéculations métaphysiques sur la nature et la réalité de ces pouvoirs. Alors que la seule réalité, c'est l'existence des gouvernants, et des règles de droits qui régissent leur compétence.

Cette doctrine apporte une solution assurément bien simple au problème de la séparation théorique des pouvoirs, puisqu'elle aboutit à les nier. Considérer l'organisation du pouvoir gouvernant seulement du point de vue de la loi qui en répartit l'exercice entre divers organes, c'est enlever à cette répartition le fondement principal qui la commande. Le problème se réduit à une question d'organisation des compétences. Encore cette organi-

1. DUGUIT. *Op. et loc. cit.*, p. 536.

sation doit-elle respecter les bases de séparation, que ce soit à cause d'un principe général de partage du pouvoir, ou pour assurer l'activité *normale* d'un organe, activité qui est telle quand elle cadre avec sa mission et avec les moyens qui sont confiés à chaque organe en vue de son bon fonctionnement. Il demeure donc légitime de rechercher le système théorique qui sera pour le législateur le meilleur guide à cet égard.

On ne s'est pas fait faute de suivre cette tendance. Nous allons résumer quelques opinions caractéristiques de la doctrine.

Rappelons que, ce en quoi la séparation des pouvoirs intéresse notre étude, c'est en tant qu'elle définit et régit les rapports entre l'Exécutif et le Judiciaire. C'est donc du point de vue de ces deux pouvoirs, de leur situation réciproque et de la frontière qui les sépare, que cet examen va nous retenir.

§ 2. — LA DOCTRINE DE M. RENÉ JACQUELIN.

LE POINT DE VUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

La conception la plus orthodoxe, fondée sur la logique, sur la raison d'être du principe telle que Montesquieu l'a exposée, c'est la conception traditionnelle, classique. M. le professeur JACQUELIN y est profondément attaché, et sa conception critique du contentieux administratif français en procède directement ¹.

Dans cette doctrine la séparation des pouvoirs est nécessaire afin de fractionner le pouvoir social. Celui-ci est un ; si on le fractionne c'est pour assurer la plus grande garantie possible à l'individu et pour entraver effectivement le despotisme. L'individu est faible devant le pouvoir social. Pour limiter ce dernier il n'y a qu'un système : le diviser pour opposer au pouvoir, le pouvoir même.

1. René JACQUELIN. *Principes dominants du cont. adm.*, Paris, 1899. Les signes distinctifs du Contentieux adm., *Cours de doctorat*, 1930-1931.

On peut établir autant de divisions du pouvoir qu'il est nécessaire pour atteindre le but proposé. Si on s'est arrêté à la division tripartite, c'est qu'elle sauvegarde mieux la liberté et le droit des individus. Le critérium à appliquer sera la fonction ; mais il ne faut séparer que les fonctions différant par leur nature. *La différence de nature tient à celle du but poursuivi.* A part la fonction législative, il y a encore deux activités fondamentales dans l'État : celle qui doit veiller au fonctionnement des divers services publics ; et celle qui doit assurer le respect du droit violé, ce qui suppose la possibilité de saisir un tribunal. La première constitue la fonction administrative, la deuxième la fonction de juger. Ces deux fonctions n'ont pas la même nature, car elles diffèrent par leur but ; leur exercice n'est pas subordonné aux mêmes conditions, car la première agissant spontanément jouit de l'initiative de son action, alors que la seconde doit être saisie par un différend porté devant elle ; enfin elles impliquent des prérogatives différentes. Il y a donc une différence essentielle entre ces deux fonctions, *et c'est la raison de la façon dont on a séparé les pouvoirs.* Ainsi les fonctions différentes fondent des pouvoirs distincts. Les éléments constitutifs de pouvoirs distincts sont *l'indépendance* et *l'unité*¹. C'est à l'unité que M. JACQUELIN s'attache surtout. L'indépendance est une condition de bonne organisation, l'unité une condition d'existence.

Donc, dans cette conception on ne peut admettre qu'une des trois fonctions fondamentales se dédouble pour être confiée, à deux pouvoirs différents : «... s'il importe de séparer les fonctions... distinctes par leur nature,... il importe de maintenir la plénitude d'exer-

1. « ... l'indépendance ne peut se concevoir qu'entre pouvoirs distincts » (p. 33). « L'unité apparaît comme l'une des conditions vitales de l'existence d'un pouvoir quelconque » (p. 39).

cice des attributions naturelles à chacun des pouvoirs investis de ces fonctions. » (p. 41).

La solution du droit administratif français qui admet un ordre de juridictions administratives séparées des judiciaires constitue une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ; car les tribunaux judiciaires sont les juges naturels et de droit commun de tous les litiges quels qu'ils soient ; les tribunaux administratifs ne pourraient être que des juridictions d'exception. Edicter (L. 1790, tit. II, art. 13) que les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent séparées des fonctions administratives, n'enlève pas au judiciaire la fonction de juger, car juger n'est pas administrer, même si les litiges sont administratifs.

La règle de l'incompétence des tribunaux judiciaires de connaître des litiges administratifs est cependant incontestée aujourd'hui dans le droit français. Mais il faut se garder de l'appuyer sur le principe fondamental de la séparation des pouvoirs. Au contraire, elle constitue un échec à ce principe en tant qu'elle ignore la distinction des deux pouvoirs judiciaire et administratif, et ne consacre qu'une séparation des fonctions.

Dans cette conception doctrinale, relevons plusieurs caractéristiques :

1° L'accent est mis sur la protection de l'individu. On est moins préoccupé de l'organisation de l'État en vue de son fonctionnement, que de cette organisation à l'égard de l'individu.

2° *La nature de la fonction est définie par le but qu'elle poursuit.*

3° La séparation des pouvoirs s'appuie sur la distinction des fonctions, *mais elle est plus que cela*. Assurer aux pouvoirs la plénitude de leurs attributions, c'est plus qu'un point de vue analytique, scientifique, dans la pensée de M. JACQUELIN.

La valeur fonctionnelle, logique, de ce système est incontestable. C'est sur des principes rationnels, soli-

dement établis, qu'il fonde l'organisation qui doit procurer la protection des droits contre les abus possibles du pouvoir. Ce but politique doit être atteint par le respect de ces principes.

Néanmoins nous savons qu'en France le principe de la séparation des pouvoirs n'est nullement interprété dans ce sens par le droit administratif. Voyons quels arguments théoriques on a produit pour justifier le système du droit français.

§ 3. — LA THÉORIE DES DEUX POUVOIRS DE M. HENRI BERTHÉLEMY. — LE POINT DE VUE DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

Pour M. BERTHÉLEMY ¹, l'État — organisme politique — a deux activités essentielles : faire les lois, faire exécuter les lois. Elles sont confiées à des autorités distinctes.

Autorité signifie pouvoir de commander, car toute organisation supposant nécessairement des règles — ou créant des règles — ces règles impliquent une sanction, et la sanction doit être imposée. Donc ces autorités séparées exerceront des pouvoirs distincts, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

Ainsi la base de la séparation des pouvoirs sera, de même que dans la théorie classique, une précaution contre les abus possibles d'un pouvoir trop grand. Elle évite la dictature ou la tyrannie (p. 18).

Est-ce à dire que la Justice ne sera pas séparée de l'Administration ? Nullement. « Mais... cette séparation nécessaire n'a ni la même justification ni la même portée que la séparation du législatif et de l'exécutif » (p. 13). Car l'indépendance de la Justice peut être réalisée pratiquement sans l'ériger en pouvoir mis sur le même rang que le Législatif et l'Exécutif. Entre les

1. H. BERTHÉLEMY. *Traité élém. de droit adm.*, 12^e éd., 1930.

deux termes faire les lois et les faire exécuter, il n'y a pas de place à prendre. Administrer et juger sont des procédés différents d'exécution ; des fractions de cette activité plus générale : procurer l'exécution des lois.

Cela veut dire qu'autant les juges que les administrateurs ne peuvent rien changer à la loi. Leur rôle consiste à assigner à la loi une signification précise à l'occasion d'un cas concret. « Qu'on le fasse hors de toute controverse, ou bien, comme les juges, après discussion et suivant une procédure, n'est-ce pas en définitive le même acte qu'on accomplit ? » (p. 14).

Cependant « l'administration et la justice, distinctes en fait, doivent être séparées en droit » (p. 22). Mais le savant professeur ne considère pas la séparation des deux ordres administratif et judiciaire comme une garantie contre le despotisme ; ce n'est plus la liberté qui est en jeu, c'est la bonne organisation des deux fonctions. Car les qualités requises des juges et des administrateurs ne sont pas les mêmes, non plus que les procédés d'action. Peu à peu une division de travail s'est établie par la spécialisation des fonctions. En vue d'assurer à l'administration l'autorité, aux juges l'indépendance, on sépare ces autorités. Les textes de 1790, 1791 et de l'an III sont une réaction contre les abus de l'ancien régime. Cette séparation est bien une règle fondamentale du droit public français, mais ce n'est pas la séparation des pouvoirs. Elle trouve sa sanction dans le recours pour incompétence devant le Conseil d'État et le recours en Cassation pour excès de pouvoir judiciaire. La portée de cette séparation est l'interdiction faite aux tribunaux de connaître des actes administratifs et même de tout agissement de l'administration.

Ainsi ce système justifie entièrement le contentieux administratif français. La règle de l'incompétence des tribunaux français pour connaître des litiges administratifs provient de ce que le procès civil diffère de manière capitale du procès administratif (p. 1069) :

1° Dans celui-là il y a lutte entre droits opposés ; dans celui-ci l'administration ne défend pas un droit mais *remplit une fonction*.

2° S'en remettre à l'autorité est normal pour les individus en litige. Pour l'administration, si elle devait procéder de la sorte, l'autorité chargée de juger lui serait hiérarchiquement supérieure. Car si elles sont égales « pourquoi la seconde serait-elle plus infaillible que la première » ?

Le procès administratif ressemble à l'appel d'un jugement de juridiction répressive (1070). On en a contre la décision de l'administration comme contre celle du tribunal.

L'indépendance judiciaire reste entière si l'étendue de sa compétence est limitée. Car le judiciaire n'est pas un pouvoir fondé sur une fonction définie par son but, donc qui doit avoir la plénitude de ses attributions ; mais, au contraire, une autorité qui ne peut exercer des attributions qui toucheraient à l'indépendance administrative. La justice est un service de l'État au même titre que l'administration. Tous les deux concourent à assurer l'action de gouverner, donc aussi la protection des individus par la garantie des droits. L'administration par son activité applique le droit aussi bien que l'autorité judiciaire.

A côté de ce principe de séparation des autorités administrative et judiciaire est né, de son application même, un autre principe, celui de la séparation au sein de l'autorité administrative de la fonction active et de la fonction juridictionnelle. Sans ce correctif la portée du premier principe serait dangereuse : car ce serait « enlever aux administrés tout recours contre l'arbitraire des administrateurs » (p. 24) en l'absence de recours possible devant les tribunaux. En effet, contre l'administration il ne peut exister que la voie des réclamations portées directement devant elle, devant ses supérieurs hiérarchiques. « Il importe de donner à ce

recours devant l'autorité administrative, les mêmes garanties qui sont données aux recours devant les tribunaux judiciaires » (p. 1071). Et pour cela introduire la procédure contradictoire, juridictionnaliser le recours administratif. — Observons immédiatement, que cette fois la séparation de ces deux fonctions est fondée sur la nécessité d'une assurance contre l'abus possible de l'administration. Si on a introduit les formes naturelles à l'autorité judiciaire, c'est pour réaliser une protection contre le *pouvoir*. Mais la méthode d'arrêter celui-ci ne sera plus de lui opposer un autre pouvoir ¹. Pourquoi ? — Pour sauvegarder l'indépendance de l'administration. Dès lors on peut apercevoir la position instable de ce système *en pure théorie* : il cherche d'un côté son fondement dans une conception de limitation du pouvoir par le pouvoir, d'un autre côté, pour sauvegarder l'indépendance absolue de l'administration, il ne limite l'exécutif que par des formes, des procédures, qui sont des règles de droit. Si l'efficacité de celles-ci ne vient pas du pouvoir du juge opposé à celui de l'administration, c'est donc que le pouvoir exécutif — *contre lequel on ne conteste pas qu'il y ait lieu de prendre des précautions* — se limite lui-même par des procédés tout formels. C'est s'appuyer à la fois sur les arguments de l'école traditionnelle de la séparation des pouvoirs telle que l'entend M. JACQUELIN, et sur ceux de Léon DUGUIT. On commence par poser le problème comme le fait la première, mais on ne la suit pas dans ses conséquences logiques, car alors il n'y a pas de justification au système du droit administratif français ; pour trouver celle-ci on admet comme fondement de la garantie du droit, une organisation des compétences dont le jeu est assuré par le droit positif. Or, pour en arriver là, point n'était besoin

1. « La justice administrative... est l'organe juridictionnel par lequel le pouvoir exécutif impose à l'administration active le respect du droit » (p. 1072).

de s'armer de la notion de « pouvoir ». C'est, comme on a vu, ce que fait l'école objectiviste.

Que penser de cette doctrine ?

1^o La séparation des pouvoirs aussi bien que celle des autorités administratives et judiciaire est faite sur la base de la fonction. La fonction est déterminée d'après une analyse logique, scientifique. La limite des fonctions existe donc par elle-même. Mais il n'y en a que deux fondamentales : faire les lois et... tout le reste qui n'est pas faire la loi ! M. BERTHÉLEMY appelle cela procurer l'exécution de la loi. Une fois le pouvoir partagé sur la base de ces deux fonctions, ces deux autres, administrer et juger, ne sont que deux façons distinctes d'exercer le pouvoir exécutif. Si on sépare deux ordres d'autorités, ce n'est pas pour partager le pouvoir exécutif, c'est pour assurer à chaque autorité la condition de son fonctionnement efficace et régulier.

2^o Cette théorie s'occupe de l'organisation des autorités de l'État non plus vis-à-vis des particuliers, mais *au point de vue de leurs rapports réciproques*. La mission à l'égard des individus est laissée de côté pour amener au premier plan des préoccupations la fonction étatique, en tant que devant employer des procédés différents. Si l'activité administrative de l'État va nécessiter un contrôle juridictionnel, celui-ci sera établi en suscitant *dans son sein* une organisation propre à assurer ce contrôle. Mais on ne peut séparer ces préoccupations de juridiction de celles d'administration. L'analogie de cet organisme juridictionnel avec les autorités judiciaires est seulement apparente : au fond les deux sortes de procès diffèrent essentiellement.

A cause de cette préoccupation, on aperçoit surtout le *parallélisme* des deux fonctions administrative et judiciaire. L'une ne doit pas être subordonnée à l'autre. Car s'il faut un esprit propre à chacune des deux, cet esprit est assuré, est favorisé, par l'*indépendance* des

autorités qui les exercent. L'accent est sur cette indépendance.

3° Une fois l'administration assurée de cette indépendance, pour fonder le deuxième principe, de séparation des fonctions de juger et d'administrer, on revient à l'explication de la valeur pratique des formes juridictionnelles.

Si la première fois on a séparé les autorités administrative et judiciaire à cause de la spécialisation des fonctions, c'est parce que ces deux fonctions demandent l'une l'autorité, l'autre l'indépendance.

Si ensuite, dans la hiérarchie administrative, on a séparé les deux fonctions d'administrer et de juger, à cause de la nécessité des garanties juridictionnelles, c'est donc que la décision administrative doit présenter des garanties de vérité juridique de même que la décision judiciaire. Mais dire la vérité juridique, c'est juger ; c'est dire le droit passivement à l'occasion d'une contestation (peut-on nier qu'il y a contestation sur le droit entre le particulier et l'administration ?). — Mais alors le juge doit être indépendant (M. BERTHÉLEMY le reconnaît, p. 1073, note). Dès lors n'est-on pas amené pour rester conséquent avec la théorie, à séparer de nouveau ces deux autorités ? Puisqu'on reconnaît que le juge administratif doit être indépendant tout comme le juge tout court ! Pourquoi alors deux ordres de juridictions parallèles, puisque l'autorité judiciaire n'est pas autre chose que le pouvoir exécutif exercé par les tribunaux ? On ne l'aperçoit pas.

Cela crée un système compliqué, à trois séparations différentes : pouvoirs, autorités, fonctions. On ne saisit pas bien les motifs logiques de cette complication.

§ 4. — LA CONCEPTION DE MAURICE HAURIOU

Bien autrement compliquées seront les conceptions de Maurice HAURIOU. Mais on ne peut se faire une opi-

nion sur le principe théorique de la séparation des pouvoirs, sans étudier les vues si fécondes en suggestions neuves du regretté doyen de Toulouse. La pensée extraordinairement touffue du maître se prête difficilement à un résumé aussi succinct que nous l'imposent les dimensions modestes de cet ouvrage. Nous nous efforçons de ne nous référer qu'à ce qui intéresse directement les rapports théoriques du judiciaire avec l'exécutif.

Pour Maurice HAURIU, le problème de l'organisation de l'État a deux faces : d'un côté la *poursuite* de la liberté politique. Cela mène à la conception d'une organisation créée pour garantir cette liberté. D'un autre côté, il y a l'organisation de l'État en tant que personnalité morale ; la vie à l'intérieur de la société ainsi personnalisée est la *condition* même de la liberté¹. Le problème sera celui de dégager cette personnalité, de créer l'État de façon à ce qu'il l'exprime exactement, et alors la liberté sera assurée nécessairement car elle est naturellement compatible avec la vie en société. Mais le dégagement de la personnalité morale dans une organisation est le résultat de la vie elle-même, d'une longue évolution historique, et l'on conçoit que des conditions différentes ont commandé des résultats différents.

Dès le début donc il faut remarquer qu'il n'y a pas un seul système d'organiser les pouvoirs de l'État, qui soit le système théorique par excellence fondé sur la raison et sur une logique permanente de la chose publique. Notamment, si on peut dans tous les systèmes existants retrouver les trois pouvoirs, l'importance respective qu'ils auront peut être déterminée de façon variée. Mais de plus, ces trois pouvoirs ne sont pas les seuls.

La séparation des pouvoirs est une des *garanties constitutionnelles* des libertés individuelles, elle n'est pas la seule. Il y a encore la protection mutuelle de ces libertés,

1. HAURIU. *Précis de droit constit.*, Paris, Sirey, 1923, p. 712.

des garanties spéciales des droits individuels... (p. 108 et s.). La garantie constitutionnelle de la séparation des pouvoirs consiste donc en ce que des pouvoirs séparés se limitent, se contrôlent et se modèrent réciproquement (p. 109). Cette séparation des pouvoirs est réalisée, comme le voulait Montesquieu, *par la disposition des choses*, « c'est-à-dire par la création d'organes multiples entre lesquels sont partagés les pouvoirs... » (p. 109). Ces pouvoirs sont des pouvoirs de droit qui sont l'opposé d'un pouvoir de force ; le pouvoir de droit « suppose tout une structure mettant en jeu des éléments complexes » (p. 161).

Mais tous les pouvoirs à séparer, seront-ils sur le même rang ? Pour Montesquieu le pouvoir de juger était mis à côté des deux autres, car il pouvait *empêcher* et par là *arrêter le pouvoir*. C'est que le juge avait de ce temps un pouvoir politique qu'il ne doit pas avoir ; il doit être cantonné dans le contentieux. Il doit seulement pouvoir refuser d'appliquer le droit créé par les autres pouvoirs, non arrêter les pouvoirs de ceux-ci de créer le droit (p. 306). HAURIOU admet donc « une séparation préalable entre l'ensemble des pouvoirs politiques et le pouvoir de juridiction contentieuse ». Et « cette séparation est du même ordre que celle entre l'administration active et le juge administratif » (note p. 306).

C'est là la séparation fondamentale. Mais une trop grande importance donnée à ce pouvoir de juridiction contentieuse risque d'instaurer le gouvernement des juges. C'est pour équilibrer ces deux pouvoirs qu'existe, comme nous verrons, le régime administratif.

Après cette séparation fondamentale, vient « la séparation *des pouvoirs publics* qui concourent à la formation de la volonté politique et gouvernementale de l'État et qui sont actuellement : le pouvoir exécutif, le pouvoir délibérant ou législatif et le pouvoir de suffrage » (p. 396).

Mais les pouvoirs ne doivent pas être confondus avec

les fonctions. Celles-ci sont les diverses activités de l'entreprise de gouvernement. Voici les principales : 1. la fonction de justice ; 2. la fonction de législation ; 3. la fonction gouvernementale (qui « consiste à résoudre les affaires exceptionnelles qui intéressent l'unité politique et à veiller aux grands intérêts nationaux ¹ ») ; 4. la fonction administrative. — Il ne faut pas ramener la définition de la fonction à celle d'une seule espèce d'actes juridiques : loi, jugement, décision exécutoire (p. 397).

Tandis que « les pouvoirs publics sont les diverses modalités du pouvoir que l'entreprise de l'État emploie pour réaliser ses fonctions » (p. 398).

Ils sont définis, d'après le mode d'opération de la volonté, par la *décision exécutoire* pour le pouvoir exécutif, par la *délibération* pour le pouvoir délibérant (car si l'on dit législatif c'est le qualifier par une seule de ses fonctions), par l'*assentiment* pour le pouvoir de suffrage (p. 409).

Donc les pouvoirs publics, séparés sur la base des opérations de la volonté, « ne se confondent pas avec les fonctions de l'État, ne doivent pas leur être incorporés » (p. 398). Un pouvoir n'accomplit pas seul sa fonction principale (et, de plus, il a des fonctions accessoires). C'est en ceci que consiste la souplesse de la séparation des pouvoirs qui seule peut ménager une collaboration qui, ne l'oublions pas, est le but de l'organisation étatique, du point de vue de la vie de la personne morale du groupe. Si, dans un certain pays, la séparation des pouvoirs coïncide rigoureusement avec une séparation correspondante des fonctions, cela mène à une rigidité très incommode, car il peut se faire qu'une fonction commande en quelque sorte aux autres par les conséquences étendues qu'elle comporte. Si un seul pouvoir l'exerce, il est certain que ce pouvoir tiendra les autres

1. HAURIOU. *Précis de droit adm.*, 12^e éd., 1933, p. 15.

sous sa domination, et l'on n'aura séparé les pouvoirs que pour mieux ménager à l'un d'eux une puissance dangereuse. Ainsi en est-il aux États-Unis d'Amérique où, le pouvoir judiciaire exerçant toute la fonction juridictionnelle, le résultat est que l'équilibre est rompu et qu'on a pu désigner ce système comme « le gouvernement des juges ».

M. HAURIOU insiste sur la nécessité d'une collaboration des pouvoirs, qu'il trouve d'ailleurs aussi dans Montesquieu (qui dit que les trois puissances seront forcées d'*aller de concert*) : « ... il s'agit d'une séparation souple avec participation des pouvoirs aux mêmes fonctions, c'est-à-dire d'un système lié et équilibré de pouvoirs, dont le jeu constitue, pour le gouvernement de l'État, une vie intérieure continue et suivie en même temps qu'une garantie de la liberté. »

Ce qui n'exclut pas une certaine hiérarchie des pouvoirs, qui d'ailleurs n'est pas fixée une fois pour toutes ; il y a des oscillations tantôt en faveur de l'un, tantôt en faveur de l'autre ; l'histoire politique de la France, depuis la Révolution, en est remplie. Cependant une primauté de l'exécutif est nécessaire car elle est conforme à l'ordre. En effet le pouvoir exécutif ne doit pas apparaître, nous dit HAURIOU, page 444, comme un pouvoir commis, subordonné au législatif, ce qui paraît bien ressortir de la théorie de M. BERTHÉLEMY. Cette opinion provient de ROUSSEAU et passa dans les constitutions révolutionnaires, mais ne fut nullement celle de Montesquieu. Car pour lui le pouvoir exécutif est une puissance *exécutrice des choses*, ces décisions valent par elles-mêmes « jusqu'à leur soumission à la loi » (p. 446).

Que dire de cette séparation des pouvoirs politiques qui s'écarte délibérément de la théorie traditionnelle ? — HAURIOU nous en donne l'explication (p. 407 et s.) ; du temps de Montesquieu, trois pouvoirs étaient réelle-

ment des compétences de la volonté politique ; depuis le régime administratif (suite des lois séparant les autorités administrative et judiciaire), le pouvoir judiciaire est séparé de la politique et relégué dans le contentieux. Aujourd'hui « le système administratif français exclut le pouvoir du juge de la liste des pouvoirs publics engagés dans le jeu politique de la séparation des pouvoirs » (p. 408). Il est remplacé par le pouvoir de suffrage.

Ainsi le juge n'a pas de pouvoir politique (ce qu'il faut interpréter comme une absence d'initiative, d'intervention *active* comme volonté de l'État). Il est chargé de régler les conflits en conformité avec le droit. Son arme est le refus de donner sa consécration aux activités injustes, que ce soient celles des individus ou celles de l'État (p. 303). Ainsi, bien que n'ayant pas par lui-même de pouvoir politique, il peut avoir une très grande influence sur le pouvoir politique de l'État. C'est justement la raison d'être du régime administratif. Voyons en quoi il consiste.

Les fonctions administratives peuvent être exercées sous le contrôle du pouvoir judiciaire. Dans ce cas, il n'y a d'autre autorité que celle de la loi et du juge ordinaire, il n'y a pas d'autorité administrative ; il n'y a que des services administratifs faiblement centralisés ¹.

Mais ces fonctions peuvent aussi être confiées à un pouvoir unique. Ce pouvoir est aussi un *pouvoir juridique* car, pour ce qui concerne son activité, c'est lui-même qui assure l'administration du droit et de la loi. Il y a des lois administratives à côté des lois ordinaires, et une juridiction administrative qui applique un droit administratif. Avec ce système il y a une troisième autorité dans l'État : « les citoyens sentent peser sur eux l'autorité du pouvoir administratif et de son interprétation des lois ».

1. HAURIOU. *Précis de droit adm.*, 1933, p. 2.

Les divers systèmes peuvent aller du manque total de régime administratif — et donc de la subordination des services administratifs au contrôle juridique judiciaire —, jusqu'au régime administratif intégral supposant une administration exécutive du droit administratif — et donc jusqu'à l'indépendance complète de l'administration vis-à-vis du pouvoir judiciaire. L'un et l'autre de ces systèmes extrêmes sont réalisés en pratique : le premier dans les pays anglo-saxons, le deuxième en France. « Entre ces deux types : administration exécutive et administration judiciaire, se rangent tous les autres pays, avec des combinaisons tellement variées qu'elles défient toute classification » (p. 5, note). Ces combinaisons ne sont donc pas décidées *in abstracto* ; elles se créent par une évolution historique commandée par les conditions politiques et sociales propres à chaque pays.

Cependant la préférence de HAURIU va nettement au régime administratif. Si ce régime s'explique en France par toute une série de raisons politiques, sociales, techniques propres à son histoire ¹, il est clair cependant que certaines de ces raisons sont d'ordre assez général pour exister dans tous les États modernes :

1^o Ainsi il est évident que la poussée centralisatrice du gouvernement, en ce qui concerne la police et en général tous les services publics intéressant le pays entier, est un phénomène caractéristique de l'histoire moderne. De nos jours tous les États souverains sont constitués sur cette base centralisatrice.

2^o Il en est encore de même de « l'intervention de la collectivité dans la vie privée, au détriment de l'individualisme ». Cette intervention de l'État qui, de plus en plus, doit assumer des activités exercées autrefois par les initiatives privées, entraîne naturellement des rapports beaucoup plus fréquents entre les individus

1. *Id.*, *ibid.*, pp. 4 et s.

et l'administration (car c'est elle qui est chargée du rôle *actif*).

3^o Mais surtout cette complication croissante des services publics s'accommode mal des lenteurs des procédures judiciaires. Le régime administratif est justifié par des nécessités de simplicité et de rapidité de l'action administrative. De même la compétence juridique qui est le propre du pouvoir judiciaire n'est plus suffisante, car les opérations administratives sont empreintes d'un caractère technique inconnu du commerce juridique privé.

La question des rapports du judiciaire avec l'exécutif est donc en fonction du régime qui existe dans un État. En cas de régime administratif, dont on a vu la supériorité pour assurer les missions de plus en plus nombreuses de l'État, la séparation de la justice ordinaire avec l'administration est complète. Ceci entraîne la création d'une justice administrative dont la séparation avec l'administration active est fondée sur la même nécessité de confier à un organe séparé le pouvoir de juger. Cependant cette fois le juge restera nettement administratif, donc — à l'inverse de ce qui se passe avec le juge ordinaire — il gardera un pouvoir politique et ne sera pas cantonné exclusivement dans des préoccupations contentieuses. Et ce pouvoir politique sera toujours administratif. (Car, si le juge administratif n'agit pas par décision exécutoire, il en connaîtra, il la contrôlera.) Autrement le régime administratif n'existerait plus.

§ 5. — REMARQUES SUR LA THÉORIE DE M. HAURIOU

1. — Les conceptions de Maurice HAURIOU ont, croyons-nous, une importance capitale. C'est de nous faire sentir la relativité et la complexité des préoccupations politiques qui sont à la base de la séparation des pouvoirs. Si le principe est devenu en quelque sorte un dogme de toute organisation constitutionnelle, sa

mise en œuvre peut être conçue de bien des façons différentes. Ce qui doit rester intangible dans ce dogme, c'est qu'il ne peut y avoir de bonne organisation de l'État, qui ne soit fondée sur une séparation des pouvoirs ; mais le principe ne comporte pas en lui-même une solution unique du problème qu'il pose.

C'est dire que le point de vue théorique est insuffisant pour déterminer les pouvoirs qu'il faut séparer et les rapports réciproques qu'ils doivent soutenir. Car pour réaliser le principe on doit considérer les éléments de la réalité politique, sociale, nationale, qu'il doit régir.

2. — Ce que nous retenons volontiers de cette théorie, c'est son édification sur la base du *pouvoir*. Les fonctions de l'État sont des missions très générales et donc très complexes. Ainsi « la fonction administrative consiste dans la satisfaction des besoins du public » en assurant l'ordre public et en pourvoyant à l'utilité publique « par l'application des lois, par la police et par la gestion des services publics » (*Droit adm.*, p. 15). Pour exercer les fonctions il y a des pouvoirs. Ceux-ci se présentent « essentiellement comme une volonté servie par une contrainte matérielle » (*Droit constit.*, p. 398), car « le pouvoir est une libre énergie qui, grâce à sa supériorité, assume l'entreprise du gouvernement d'un groupe humain par la création continue de l'ordre et du droit » (*Droit constit.*, p. 143).

Le pouvoir est donc une réalité antérieure à toute réglementation. C'est la raison pour laquelle il est insuffisant de dire que le principe de la séparation des pouvoirs se présente aujourd'hui, seulement comme un arrangement des compétences entre des gouvernants. Du point de vue des règles constitutionnelles et légales, les choses se présentent certainement ainsi. Mais le principe théorique dépasse ces règles positives et leur fournit une base, par la combinaison des nécessités politiques fondamentales avec la nature même de la réalité à exprimer juridiquement. Ignorer cette réalité, qui est

le pouvoir, pour ne voir que son expression juridique — l'organe et sa compétence —, c'est se ménager des difficultés dans la répartition des compétences, car alors celle-ci se ferait sur une base fonctionnelle et non politique.

3. — De même, l'indépendance absolue de l'administration vis-à-vis de la justice en France, nous serait théoriquement incompréhensible sans l'analyse de M. HAURIOU :

Le principe qui sépare le judiciaire de l'exécutif, sépare aussi la juridiction administrative de l'administration active, car c'est un principe de séparation du contentieux et des pouvoirs politiques. Mais cette seconde séparation n'est pas réalisée partout. Il peut se faire qu'elle n'existe pas et que les litiges publics restent sous l'autorité du pouvoir exécutif ; ou bien qu'elle soit complètement réalisée et que les tribunaux ordinaires jugent aussi l'administration ; enfin il peut exister des solutions intermédiaires. Telle est notamment la solution française qui ne pose pas la juridiction administrative comme essentiellement en dehors du pouvoir exécutif de l'État ; elle y garde au contraire une mission de contrôle hiérarchique de ce pouvoir, donc une nature similaire à la sienne. Ce qui fait que le système français se complète par une séparation entre les deux ordres de juridiction. Cette distinction des deux contentieux tient évidemment à la manière dont est organisé le principe de la séparation des pouvoirs ; c'est cette organisation, *d'ordre constitutionnel*, qui diffère avec les conditions de vie publique spéciales à chaque pays.

Voilà qui doit être retenu de cette étude théorique du principe de la séparation des pouvoirs. Les détails de mise en œuvre du principe ne s'imposent pas au constituant comme une nécessité logique, comme une vérité juridique. La solution juridique dépend des buts politiques à réaliser propres à chaque pays. En France, le régime administratif.

Cette explication des rapports existant en droit français entre le judiciaire et l'administratif, sur la base du régime administratif est primordiale. Ce n'est qu'avec la notion du pouvoir qu'on peut saisir cette conception de l'*administration exécutive du droit et des services publics* par un pouvoir intermédiaire entre la législation et la juridiction contentieuse. Ce pouvoir complet constitue une *institution*, une entreprise animée d'une idée où la protection des individus trouve sa place à côté de celle des intérêts généraux.

Nous verrons par la suite pourquoi en Roumanie le régime administratif n'a pas cette physionomie complète ; et pourquoi le pouvoir judiciaire ne peut être alors complètement séparé de l'exécutif par des interdictions analogues à celles du droit français. La doctrine d'HAURIOU, loin d'y trouver une infirmation, ne nous fera que mieux comprendre le système roumain, en même temps que son évolution actuelle qui nous semble très caractéristique : le passage d'un système assez semblable à celui préconisé par M. JACQUELIN, vers un autre plus conforme avec ce régime administratif (moins complet, mais cependant incontestable). Et cela sans changement de principe ; par la seule logique du système.

4. — Enfin, ce qui nous semble également important dans la théorie de HAURIOU, c'est la situation spéciale faite au juge ordinaire par sa mission de juridiction contentieuse sur les litiges privés, situation qui le rend incompétent à juger les litiges de droit public. Cette fois l'incompétence n'est plus fondée sur la séparation du pouvoir judiciaire et de l'exécutif à raison de l'indépendance nécessaire à ce dernier dans le régime administratif, mais sur une incompétence technique.

Nous verrons comment la première incompatibilité, entre le pouvoir judiciaire et l'action administrative, est écartée par le cantonnement du juge ordinaire dans la mission de protection du droit subjectif atteint, et, pour certains pouvoirs du juge, par une détermination

légale de ce droit ; quant à la seconde, elle intéresse la question de la limite de la compétence judiciaire et elle touche à cette évolution dont nous parlions plus haut, et qui a pour effet l'introduction de la compétence technique administrative dans certaines juridictions relevant par ailleurs du pouvoir judiciaire.

CHAPITRE II

CARACTÉRISATION DES DEUX POUVOIRS ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE. LEURS RAPPORTS RÉCIPROQUES

§ 1. — ACTIVITÉ PROPRE DE CES DEUX POUVOIRS

On a vu que, pour certains auteurs, ce qui prime dans les rapports de l'administration et de la justice c'est leur situation d'autorités publiques. Conséquemment, soumettre l'une à la juridiction de l'autre c'est faire de celle-ci le supérieur de celle-là.

Au contraire, pour d'autres, c'est le rapport des fonctions que ces deux pouvoirs exercent principalement, qu'ils envisagent : dire le droit, c'est appliquer l'autorité de la loi aux litiges ; ce n'est donc pas le juge qui sera le supérieur de l'administration s'il connaît des litiges administratifs, mais la loi.

Cependant, de l'exposé que nous avons fait du principe théorique de la séparation des pouvoirs, il ressort que ni juger, ni administrer n'est seulement appliquer la loi ou l'exécuter. Ces activités ne sont pas réductibles à l'exécution de la loi. L'exécutif a l'initiative de son action, la loi le limite extérieurement, elle n'est pas le principe de son activité. Il y a bien des lois qui imposent à l'exécutif une action déterminée. Mais ces lois, outre qu'elles laissent à l'exécutif une marge de liberté quant à leur application, ne constituent pas un système complet de détermination légale de l'activité administrative : elles n'interviennent que dans certaines matières.

Juger, c'est décider sur les litiges en donnant une solution de droit. Si le juge est lié par la loi, c'est que celle-ci

exprime de façon principale et positive l'état du droit à un moment donné. Il n'exécute pas la loi, il applique le droit à des cas concrets ; la loi exprime le droit, mais pas complètement : le juge a un rôle actif dans la détermination de la règle de droit, car « tout le droit n'est pas exprimé dans la légalité ¹ ».

Administrer et juger sont donc des activités propres aux pouvoirs administratif et judiciaire, mais que la loi réglemente. Le but que la loi poursuit est que ces deux activités se produisent d'une certaine manière, soient limitées. C'est une *direction générale* que le législatif donne aux activités étatiques et privées.

De ce que juger n'est pas simplement exécuter la loi, mais dire le droit à ceux qui sont fondés de recourir au juge pour la solution d'un litige, il s'ensuit que si ce juge était, pour les litiges administratifs, le juge judiciaire, cela reviendrait pour le réclamant à en appeler de l'activité d'un pouvoir à un autre pouvoir, ce qui poserait ce dernier en supérieur du premier.

§ 2. — DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON PEUT ENTENDRE LA MISSION DU JUDICIAIRE

Cependant nous avons vu que le pouvoir judiciaire a pour mission de *juger le contentieux*. Comment se fait-il que certains litiges soient soustraits à sa compétence ? Quel est donc le sens de cette notion ?

Pour LÉON DUGUIT, c'est toute la fonction juridictionnelle. Elle a lieu quand le juge saisi d'une prétention, donne une solution de droit dans le but de trancher le litige par un acte juridictionnel ². Donc, toute constatation de la solution de droit appelée par une situation concrète, par une espèce, faite par un agent public pour trancher un litige, est un jugement contentieux.

1. HAURIOU. *Cahiers de la nouvelle journée*, n° 23, p. 191.

2. DUGUIT. *Droit constit.*, II, p. 310 et s.

Le pouvoir judiciaire peut-il exercer toute cette fonction ? Nous verrons que non, car un pouvoir qui aurait toute cette fonction dominerait les autres pouvoirs. Pour une raison ou pour une autre, suivant les doctrines, ce pouvoir ne s'étend pas aux litiges administratifs, ou du moins pas à tous ces litiges.

M. JACQUELIN fonde la compétence judiciaire sur la notion du *contentieux* entendue comme « fondé sur un droit » par opposition à *gracieux*, « fondé sur un simple intérêt ¹ ». Mais pour d'autres auteurs le caractère contentieux n'est pas ainsi défini ; pour M. HAURIOU cette notion signifie « qui se déroule devant un tribunal ² » ; elle contient deux éléments : la *contestation* et le *juge public* ³.

Ainsi, le pouvoir de juger le contentieux signifie-t-il que ce pouvoir comprend toute la juridiction ? Le juge ordinaire ne connaîtra pas de tout le contentieux, car il faut « concilier l'indépendance administrative et les nécessités de l'action gouvernementale avec les garanties auxquelles l'individu a légitimement droit pour sa personne, sa liberté et ses biens ⁴ ». — Ou bien parce que le régime administratif, posant dans l'État un pouvoir exécutif constitutionnellement autonome ⁵, ce pouvoir doit exercer une certaine part de la juridiction.

Signifie-t-il, au contraire, le pouvoir de juger toute réclamation fondée sur un droit ? La juridiction administrative apparaît comme un *échec* à cette compétence naturelle, quand elle connaît d'une telle réclamation ⁶, et c'est le pouvoir judiciaire qui devra juger les litiges administratifs (système roumain).

On peut concevoir le respect du droit et la mission

1. JACQUELIN. *Op. cit.*, p. 186.

2. HAURIOU. *Droit administratif*, p. 394, note 2.

3. HAURIOU. *Op. cit.*, p. 469.

4. DUGUIT. *Op. cit.*, III, p. 29.

5. HAURIOU. *Op. cit.*, p. 336.

6. JACQUELIN. *Op. cit.*, Introduction, p. 21.

du judiciaire comme assurés, par un système de contrôle de la conformité à la règle de droit, — contrôle qui serait demandé par celui que la violation de la règle touche dans ses intérêts, aussi bien que dans ses droits. Néanmoins, au regard de l'activité privée, la règle n'est invoquée que comme fondement du droit subjectif, car la réglementation n'est pas un principe d'activité mais un principe de limitation de la liberté. Il faut donc rechercher, dans chaque espèce, si cette liberté juridiquement protégée a été atteinte. Pour ce qui est de l'administration, la réglementation de son activité est très compliquée. De sorte que les deux moyens de réclamation sont possibles : le droit subjectif lésé, ou la règle de droit violée.

Le contentieux administratif s'étend généralement aux deux moyens, englobant un contentieux subjectif et un contentieux objectif. C'est pourquoi il est si difficile d'en laisser la connaissance au pouvoir judiciaire. Nous verrons que la solution roumaine consiste à dissocier les deux contentieux. Celui fondé sur un droit est laissé intégralement à la justice ordinaire. Quant aux réclamations basées sur un simple intérêt, elles n'ont que la voie du recours gracieux devant l'administration. Cette solution est commandée directement par la séparation des pouvoirs telle que la conçoit le constituant roumain.

Nous croyons que le pouvoir judiciaire n'est pas fait pour un contrôle objectif de l'activité juridique de l'administration ; ou du moins qu'un tel contrôle n'est pas son but, mais un moyen pour protéger et rétablir les droits déduits devant le juge.

§ 3. — DEVANT L'INDÉPENDANCE ADMINISTRATIVE, LA MISSION DU JUDICIAIRE DOIT RÉALISER UNE PROTECTION MINIMA

Ainsi, bien que le pouvoir de juger le contentieux soit séparé des pouvoirs politiques de l'État, notamment

du pouvoir exécutif, de l'administration, la plupart des systèmes théoriques prévoient, pour que cette séparation n'aille pas à l'encontre de sa raison d'être, une série de litiges qui doivent être soustraits à la juridiction du pouvoir judiciaire.

En effet il existe des raisons qui fondent cette incompétence. Ce sont, on l'a vu, celles tirées du point de vue *organique* des deux pouvoirs parallèles et indépendants. Leur activité, dans les limites de leur principe, doit être conforme au droit ; et le contrôle de cette conformité au droit doit appartenir à chaque pouvoir pour ce qui le concerne. Donc, pour ce qui est proprement administratif, c'est le pouvoir exécutif qui est seul juge. Les litiges qui mettent en question un acte ou une opération administratifs doivent être déferés à l'administration ou à une justice administrative (suivant que ces distinctions existent ou non dans le sein du pouvoir exécutif). Car il est impossible d'administrer sans statuer sur les oppositions que peut rencontrer l'action administrative. Le contrôle de la conformité au droit de l'action administrative sera assuré par le pouvoir exécutif lui-même. Ce n'est donc pas de l'état de droit, de la nécessité d'un contrôle du droit, que naîtra la compétence du pouvoir judiciaire à l'égard du contentieux administratif.

Mais on doit faire une remarque. Il est vrai que le soin de maintenir son activité dans le droit est laissé au pouvoir exécutif. Dans l'activité complexe de l'État moderne, des activités multiples se choquent, l'intérêt privé est souvent en conflit avec l'intérêt général. A l'effet de régler ces conflits, l'administration doit être compétente, comme on a vu. Mais il n'en est pas moins vrai que, dans la concurrence de ces intérêts contraires, certains intérêts particuliers sont assurés par la loi positive de se voir respectés, et deviennent des *droits*. — Peut-on laisser la solution des conflits où de pareils droits sont engagés, au pouvoir exécutif qui n'a pas

pour seul but de maintenir et de sauvegarder ces droits ? N'est-il pas plus logique et plus efficace — puisqu'il y a un pouvoir organisé en vue de rechercher les droits et d'assurer leur protection —, de laisser tous ces conflits dans sa compétence ? Puisque l'autorité de la loi s'impose à l'administration comme aux particuliers, n'est-il pas normal que l'administration, tentée parfois — sous la pression d'intérêts opposés dont elle assure la protection — de méconnaître les droits exprès des particuliers, soit ramenée dans la légalité par le pouvoir judiciaire ?

Il s'agit seulement de maintenir cette compétence du pouvoir judiciaire en deçà d'une *limite* qui ne peut être dépassée sans que ce pouvoir prenne une situation de supérieur contrôlant les actes de l'administration. Mais limite qui lui assure cependant l'accomplissement de la *mission* que le point de vue *politique* lui impose : s'opposer au pouvoir exécutif par la protection des droits des administrés.

Car l'ordre social est fondé autant sur l'inviolabilité des droits individuels que sur la satisfaction de l'intérêt général. Pour tout ce qui est droit garanti formellement par la loi aux particuliers, on ne saurait dire que le judiciaire chargé de protéger ces droits formels, empiète sur l'indépendance de l'administration. Quant aux lois qui n'ont pas en vue la garantie de droits individuels, leur but étant l'intérêt général, les tribunaux n'ont pas à connaître de réclamations fondées sur l'intérêt qu'on peut avoir au maintien de ces lois. Le rôle des tribunaux s'arrête là où les droits reconnus aux individus par la loi font défaut.

§ 4. — MÊME AINSI, L'INDÉPENDANCE DE L'ADMINISTRATION EST DIFFICILEMENT CONCILIABLE AVEC LA PROTECTION JUDICIAIRE INTÉGRALE DES DROITS ATTEINTS

Pour concilier l'indépendance de l'administration et la protection judiciaire du droit atteint, le droit

public de chaque pays a organisé un système de contentieux administratif se rattachant à une des trois grandes catégories qu'on verra plus loin. Avant de les examiner il faut rechercher la raison qui fait que ces deux conditions sont difficilement conciliables.

C'est que protéger le droit des particuliers n'est plus, comme au temps de Montesquieu, exécuter « les choses qui dépendent du droit civil ». La mission politique du • judiciaire : enlever à l'exécutif le jugement des litiges privés pour réduire d'autant le pouvoir de celui-ci, s'est peu à peu transformée. L'activité de l'État, de plus en plus réglementée, est soumise au droit ; cette activité est devenue juridique et comme telle soumise à des règles de même nature que celles qui régissent l'activité privée. Elle aussi est limitée par la loi. Contre elle on a maintenant des droits à faire valoir, et non seulement des doléances, des réclamations gracieuses à présenter.

Or, le juge ne peut, souvent, établir les droits des individus à l'égard de l'administration sans examiner et apprécier l'activité de celle-ci, ou sans interpréter ses actes. Inversement, l'administration — active ou juridictionnelle — ne peut décider souverainement sur les actes et agissements administratifs sans, par là même, trancher la question des droits des particuliers. On ne peut concevoir deux justices : l'une jugeant les droits et l'autre la régularité et l'opportunité de l'action administrative, sans admettre que les décisions de l'une s'imposent à l'autre. Car à quoi bon établir son droit devant les tribunaux judiciaires, si l'administration n'est pas obligée d'en tenir compte ? C'est le juge qui doit dire si, devant un acte administratif donné, le particulier a un droit et si ce droit est ou non lésé.

Ainsi, il y a une catégorie de litiges où les deux questions sont posées, litiges qui intéressent pareillement l'indépendance de l'administration et la protection des droits.

Une fois qu'on accepte une séparation des pouvoirs

judiciaire et administratif, quelle que soit la base de cette séparation, il y aura une catégorie de litiges dont le jugement ne peut être laissé à l'un ou à l'autre de ces deux pouvoirs d'après un critérium tiré uniquement du principe de séparation. C'est l'interprétation pratique du principe qui fournit seule la solution.

Toute frontière est floue entre le judiciaire et l'exécutif tant qu'on veut la fixer par les indications du principe de leur séparation. Car à la limite, les sphères séparées des deux activités s'entre croisent nécessairement. C'est la raison d'une réglementation spéciale du contentieux administratif.

§ 5. — CEPENDANT L'INDÉPENDANCE DU JUDICIAIRE N'EST PAS ATTEINTE PAR UNE LIMITATION DE SA COMPÉTENCE *ratione materiae*.

Il faut encore remarquer que la question de l'indépendance des pouvoirs séparés ne se pose pas de même pour l'exécutif et pour le judiciaire.

Il est nécessaire d'assurer qu'un pouvoir dont les organes sont spécialement conçus pour une mission déterminée, — donc qui ont seuls la compétence technique que crée l'esprit de l'institution — sera seul à exercer son activité et ne sera pas gêné par un autre pouvoir.

Le pouvoir d'administrer comporte la garantie que cette activité sera protégée conformément à ses besoins. Le pouvoir judiciaire comporte la garantie de la liberté assurée aux individus par le droit.

Si l'activité de l'administration est soumise à l'appréciation du judiciaire, l'indépendance administrative est atteinte, car on a vu qu'on ne peut décider des droits particuliers sans examiner l'activité administrative et sa conformité à la règle de droit.

Mais si la compétence judiciaire est limitée, et si les litiges administratifs y sont soustraits, l'indépendance

du pouvoir judiciaire n'est nullement en question pour ce qui est de la compétence qui lui reste. Cette compétence, réduite dans son étendue quant à certaines matières, reste souveraine. Nous ne croyons pas qu'on puisse parler alors d'une atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Il y a bien atteinte au principe de protection des droits par le pouvoir judiciaire, mais non atteinte à l'indépendance de ce pouvoir. C'est ce qui fait qu'il est plus facile de résoudre le problème par une limitation de la compétence judiciaire, qu'inversement, par une subordination de l'administration au judiciaire ; du moins si l'on prétend respecter la séparation des deux pouvoirs.

§ 6. — CETTE LIMITATION

EST COMMANDÉE AUSSI PAR DES RAISONS TECHNIQUES

Enfin, une dernière remarque quant au fondement de la limitation de la compétence judiciaire à l'égard des litiges administratifs. Le point de vue politique de la nécessité d'assurer l'indépendance de l'administration n'est pas le seul fondement de cette limitation.

En effet, juger n'est pas seulement appliquer la loi. Nous avons vu que le juge a une activité constructive ; le droit n'est pas seulement composé de règles juridiques positives, mais de solutions implicites que le juge doit déduire selon la variété des espèces. Il lui faut résoudre des difficultés nées de faits concrets. Ces besoins révélés par la pratique, la loi ne peut les résoudre dans une réglementation précise, car, par nature, les règles qu'elle pose sont générales.

Or, le juge ordinaire, en appliquant des solutions de droit aux litiges privés, apprécie l'activité qui est soumise à sa juridiction. Il peut le faire, car il a naturellement la connaissance intime du commerce juridique privé. Quand il s'agit de l'activité administrative, celle-ci est soumise à une réglementation spéciale, car « la

vie publique est exceptionnelle par rapport à la vie privée qui est la réalité première¹ ». Cette activité de l'administration est, avons-nous vu, plus qu'une fonction de l'État ; c'est la vie même de l'État, personne morale de droit public, et comme telle, cette activité est seulement *limitée* par les règles du droit administratif ; dans ces limites, c'est une activité libre. Mais cette liberté est subordonnée, non plus comme le commerce juridique privé, à un usage conforme aux nécessités d'autonomie de la volonté, de concurrence, etc... ; mais à d'autres conditions, propres aux buts poursuivis et aux procédés employés par les services publics et par le pouvoir général d'administration. Le normal et l'anormal en matière administrative doit s'apprécier autrement que dans la vie privée. Les buts et les procédés proprement administratifs font que l'activité juridique de l'administration garde toujours un caractère technique qui ne peut être entièrement exprimé dans les déterminations légales. Tout comme dans les litiges privés, le juge doit entrer dans des considérations pratiques, dans l'appréciation des faits concrets. Or, « le juge ordinaire n'est pas nécessairement un juge universel, il est simplement un homme qui connaît bien les conditions du commerce juridique de la vie ordinaire ; mais, sorti de là, il peut se trouver dangereusement incompétent », nous dit M. HAURIOU (*Droit adm.*, 1933, p. 463, note).

Dans les pays à administration judiciaire, où les juges ordinaires sont tout-puissants, l'action administrative est subordonnée à la jurisprudence des tribunaux. Aussi le problème de l'incompétence du juge ordinaire à l'égard des affaires administratives se pose-t-il seulement dans les systèmes à régime administratif, régime basé sur la séparation des deux pouvoirs administratif et judiciaire et non sur la subordination de l'un à l'autre.

1. HAURIOU. *Op. cit.*, p. 25.

Cependant — et ceci confirme les difficultés d'ordre technique dont nous parlons —, même dans les pays anglo-saxons on constate une certaine tendance récente vers la création de juridictions proprement administratives ¹.

Dans les pays à régime administratif marqué, dont la France est le type, les règles de droit applicables aux matières administratives ne sont pas celles du droit commun. La création de ces règles et des principes du droit administratif est surtout l'œuvre de la jurisprudence administrative, opposée souvent à celle des tribunaux judiciaires. Ce droit spécial ne se fût même pas formé sans la justice administrative jugeant en équité. — Dès lors, laisser le contentieux administratif dans la compétence judiciaire, tout en maintenant la séparation des pouvoirs, c'est, croyons-nous, s'acheminer vers un droit administratif rigide, car le juge ordinaire, préparé à connaître du commerce juridique privé, devra être lié par des déterminations légales précises. Ce serait perdre tout le bénéfice d'une élaboration jurisprudentielle souple de ce droit nouveau.

En étudiant le système roumain, nous pourrions constater d'un côté les difficultés rencontrées par la jurisprudence judiciaire dans l'application à l'administration du droit commun — notamment en matière de responsabilité de l'État —, et d'un autre côté le développement, dans le cadre du pouvoir judiciaire, de la compétence technique administrative par le fonctionnement de divers comités, commissions, etc..., à compétence juridictionnelle dans divers contentieux spéciaux. Ainsi ce système, placé à mi-chemin entre le régime administratif tel qu'il existe en France et le régime judiciaire anglo-saxon, veut concilier la protection judiciaire des droits avec la nécessité de l'indépendance de l'administration, c'est-à-dire les deux garanties

1. HAURIOU. *Op. cit.*, p. 4-5, note.

posées par le principe de la séparation des pouvoirs. Il présente pour l'étude l'avantage de faire saisir par son fonctionnement pratique, les tendances divergentes de ces deux garanties. Comment et pour combien cette conciliation a été réalisée, ce travail s'efforce de l'exposer dans la deuxième partie.

CHAPITRE III

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

§ 1. — GÉNÉRALITÉS

Pour résoudre le problème des rapports du judiciaire avec l'administration, chaque système constitutionnel prévoit une organisation déterminée du contentieux administratif.

Le contentieux administratif est la totalité des litiges administratifs : il comprend les affaires contentieuses, c'est-à-dire susceptibles d'être portées devant un juge, — que ce juge soit saisi seulement par un droit atteint du réclamant, ou simplement par une réclamation fondée sur la violation de la règle objective —, qui sont suscitées par l'activité de l'administration. En effet, l'État et les autres personnes du droit public, agissant dans l'exercice de leurs fonctions administratives, peuvent violer les règles de droit ou porter atteinte aux droits subjectifs des administrés.

Le litige administratif peut donc être examiné de deux points de vue : en tant que contentieux, et en tant qu'administratif.

I. — *Le domaine des affaires contentieuses est susceptible, en droit public, d'une extension qu'il n'a pas en droit privé.*

S'agissant d'une contestation sur le droit, cette contestation doit pouvoir être portée devant un juge ; dans un état de droit, tout acte ou agissement injuste portant atteinte à l'équilibre juridique établi, comporte une

sanction : la contrainte à l'effet de rétablir cet équilibre juridique rompu. Encore faut-il que, pour chaque cas, la vérité juridique soit préalablement établie. L'intervention du juge se produit pour rechercher, pour décider cette vérité juridique.

Dans les rapports des individus entre eux, l'équilibre juridique est rompu lorsqu'un droit subjectif, garantissant la liberté d'un individu, est atteint par l'activité des autres. Tout le droit privé gravite autour de cette notion essentielle du droit subjectif, de la sphère d'activité garantie au *sujet de droit*. Malgré les attaques de l'école objectiviste contre la notion du *subjectif* dans le droit, nous croyons qu'elle demeure essentielle car elle exprime le droit en fonction de la liberté qu'il limite ; elle part donc de la réalité qui est la vie, l'activité, pour l'encadrer dans les règles que la conscience juridique suscite à cette activité. Ce que poursuit le droit, c'est de rendre possible la vie en société, et pour cela, *limiter* la libre activité ; mais limiter la liberté est en même temps l'assurer, la garantir dans ces limites. Sera donc perturbation ce qui atteint les libertés ainsi garanties ; et le rôle du juge commence avec l'atteinte à sanctionner.

Dans les rapports des individus avec l'administration, la question ne se pose pas seulement ainsi. L'administration dispose, pour réaliser ses buts, de la force sociale en rien comparable avec les possibilités des individus. De plus, pour sa mission, elle jouit de prérogatives exorbitantes du droit commun : elle décide elle-même de la question de droit à l'occasion des cas concrets qu'elle résout par son activité, et elle la réalise de sa propre autorité. Il est donc naturel, d'un côté que la réglementation de son activité soit beaucoup plus compliquée que celle de la vie privée ; d'un autre côté, que l'équilibre juridique soit intéressé à ce que cette réglementation soit respectée même en dehors de l'atteinte portée à un droit formel des administrés. Le contentieux administratif pourra donc comporter aussi des

réclamations tendant à ce que la règle objective liant l'administration soit sanctionnée même en l'absence d'un véritable droit atteint dans la personne du réclamant.

En d'autres termes, le point de vue subjectif du droit atteint ne sera plus suffisant s'il s'agit de l'administration, car son activité est soumise à une réglementation préalable tant quant aux droits qu'elle exerce que quant aux procédures qu'elle emploie.

II. — *La notion du contentieux ne s'attache plus nécessairement au fondement du recours ; les formes juridictionnelles l'établissent suffisamment.*

Les affaires formant le contentieux administratif peuvent aussi être considérées comme des réclamations formulées contre les décisions et comportements du pouvoir exécutif. En effet, comme nous avons vu, l'administration assure une fonction de l'État avec compétence exclusive à cet effet. Si son activité rencontre des oppositions, elle doit pouvoir en connaître et les trancher, ce droit de contrôle lui échéant naturellement.

Ces recours simplement gracieux ne peuvent être qualifiés de contentieux administratif tant qu'ils sont portés devant l'administration active elle-même. Mais il peut se faire que les organes de l'administration supérieure, spécialement chargés de les examiner, reçoivent une organisation approchant de celle des tribunaux. Les administrateurs pourront se transformer peu à peu en juges, et le recours gracieux se juridictionnaliser. Cette évolution tendant à assurer aux réclamants les garanties fournies en droit privé aux justiciables, peut être plus ou moins achevée, plus ou moins parfaite. C'est le mode de formation de la justice administrative, et les affaires déferées à cette juridiction seront encore du contentieux administratif.

III. — *Les trois points de vue
qui sont à l'origine des divers systèmes.*

Qu'on parte du point de vue contentieux pour laisser au pouvoir judiciaire la compétence sur les litiges administratifs, ou du point de vue administratif (gracieux) pour commencer par soustraire aux tribunaux ordinaires cette compétence, une chose est à remarquer : dans un cas comme dans l'autre on doit faire le sacrifice de l'un des deux principes de l'indépendance administrative ou de la protection judiciaire des droits.

De là l'effort des systèmes intermédiaires de réaliser un partage entre les différentes affaires du contentieux administratif. Les litiges administratifs fondés sur un droit civil resteraient dans la compétence judiciaire. Quant aux litiges où le caractère public domine nettement, c'est l'administration, plus ou moins juridictionnalisée, qui en connaîtra. De quelque manière que ce partage des compétences soit réalisé, tous les systèmes qui s'y rattachent forment une catégorie intermédiaire relativement à la solution de la question qui nous intéresse.

§ 2. — LES PRINCIPAUX SYSTÈMES EXISTANTS

I. — *Compétence intégrale du judiciaire
sur le contentieux administratif.*

Le premier système repousse une séparation des pouvoirs qui assurerait à l'administration l'indépendance à l'égard du pouvoir judiciaire. Il repose donc sur une confusion des pouvoirs administratif et judiciaire au profit de ce dernier¹. Ce système est caractérisé par « la complète subordination de l'administration à la justice¹. »

1. JACQUELIN. *Op. cit.*, pp. 166, 167, 168.

En Angleterre, jusqu'en 1888, les juges de paix des comtés avaient des attributions d'administration active. La réforme de 1888 leur a enlevé ces attributions. Mais les cours de justice ont gardé le contrôle de l'administration par le moyen d'actes spéciaux, les « writs », qui donnent à leur intervention le caractère de véritable contrôle hiérarchique; car ces actes peuvent être de véritables ordres donnés ou défenses faites aux administrateurs actifs. Il est évident que de tels pouvoirs comprennent celui de la juridiction sur les litiges administratifs.

Cependant, comme nous l'avons déjà signalé, certains organes administratifs ont été créés (dès 1871) auxquels une compétence juridictionnelle a été confiée sur certaines matières administratives. Le besoin d'une autonomie du pouvoir exécutif chargé d'administrer d'une manière centralisée les intérêts généraux s'est fait sentir, et ces modifications sont la satisfaction donnée à ce besoin.

Aux États-Unis d'Amérique l'administration judiciaire est encore plus marquée; la toute-puissance de la justice ordinaire à l'égard de l'administration — et même du gouvernement par le pouvoir que les juges ont d'interpréter la constitution et d'apprécier souverainement la conformité des lois aux principes constitutionnels — a permis d'appliquer à ce système l'étiquette de « gouvernement des juges ¹ ». Même les juridictions spéciales comme la « Court of claims » sont soumises au contrôle du pouvoir judiciaire par le recours à la Cour Suprême.

II. — *Indépendance absolue de l'administration.*

Le second système est fondé sur l'indépendance absolue de l'administration vis-à-vis du pouvoir judiciaire; pour juger le contentieux administratif « il admet une

1. E. LAMBERT. *Le gouvernement des juges aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921.

juridiction administrative soustraite au contrôle du pouvoir judiciaire ¹ ». Le type achevé en est la France, bien qu'il existe à un degré moindre en Italie, en Allemagne, en Autriche...

Ce système procède du régime administratif. Toutes les affaires intéressant l'administration sont soustraites à la compétence judiciaire ², et cela plus à cause de la qualité de l'administration, partie en cause, que de la nature juridique des affaires en litige. Aussi conçoit-on que l'administration doit être intéressée à l'affaire dans sa qualité exorbitante droit commun. Ce sera celle de la *puissance publique* : « tout ce qui est appréciation des actes et des opérations de la puissance publique doit être de la compétence des tribunaux administratifs », pose en principe le tribunal des conflits (T. C., 12. XI, 1906, *Sagot du Vauroux*, cité par HAURIOU, *Droit adm.*, p. 344).

Cette incompétence des tribunaux ordinaires à l'égard du contentieux administratif a pour sanction l'institution du conflit d'attribution entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative. Dans le type le plus achevé de régime administratif, en France, le conflit ne peut être suscité que par l'administration devant les tribunaux judiciaires. Si la juridiction judiciaire ne se déclare pas incompétente elle-même, l'administration peut porter le conflit devant un tribunal des conflits qui, organisé en principe de façon mixte, est en fait dominé par l'esprit administratif grâce à la présidence du garde des sceaux ³.

Pour juger toutes les affaires soustraites par le prin-

1. JACQUELIN. *Op. et loc. cit.*

2. Comme nous n'entrons pas ici dans le détail de la répartition respective des compétences judiciaire et administrative, il nous semble légitime de présenter les choses sous cet aspect absolu. Il reste entendu que cela étant le principe général, il comporte des exceptions et que, pratiquement, la frontière n'est pas si nette.

3. JACQUELIN. *Op. cit.*, p. 80 et s.

cipe de séparation au pouvoir judiciaire, une juridiction administrative se forme, et par elle une jurisprudence administrative différente de la judiciaire ; peu à peu un droit administratif se crée par le contrôle et l'ajustement réciproques de la loi et de la jurisprudence.

Ainsi, dans la concurrence entre le principe de la protection judiciaire des droits et celui de l'indépendance de l'administration à l'égard du judiciaire, ce dernier l'emporte. La nécessité de l'activité centralisatrice du pouvoir exécutif et des services administratifs, la satisfaction des besoins communs et des intérêts nationaux, sont sauvegardés et assurés par cette séparation. En échange, les droits individuels sont soustraits au contrôle judiciaire. Mais pratiquement, la justice administrative leur assure une protection qui, pour administrative qu'elle soit, n'en est pas moins efficace. Le problème de cette protection devient finalement celui de la bonne organisation de la justice administrative ; c'est-à-dire celui des formes et procédures les meilleures pour donner au « recours devant l'autorité administrative, les mêmes garanties qui sont données aux recours devant les tribunaux judiciaires ¹ ».

Des conséquences importantes découlent de la création d'une justice administrative qui, tout en étant séparée de l'administration active, fait partie du pouvoir exécutif.

D'abord les connaissances spéciales d'ordre technique que le juge puise dans sa formation administrative. Nous avons vu que cette compétence technique manque aux juges ordinaires et constitue un grand obstacle au contrôle judiciaire de l'administration.

Ensuite, de sa situation au sein du pouvoir exécutif, le juge administratif garde un certain pouvoir hiérarchique sur les administrateurs actifs et rend possible un contrôle objectif de leurs actes et un pouvoir d'appré-

1. BERTHÉLEMY. *Op. cit.*, p. 1072.

ciation de leurs agissements. C'est ce qui explique la formation de cet admirable instrument de contrôle qu'est le recours pour excès de pouvoir, et de toute la jurisprudence française sur la responsabilité de droit public qui est une responsabilité *primaire* de la personne morale administrative lorsqu'elle découle d'un fait de service.

Le droit administratif de tous les pays est aujourd'hui fortement influencé par les constructions jurisprudentielles du Conseil d'État français, et ainsi ces constructions arrivent à influencer même la jurisprudence judiciaire là où elle est seule compétente de juger le contentieux administratif. (Cela s'est passé en Roumanie, comme on le verra par la suite.) Mais pour que ce droit ait pu se constituer, il a fallu le fonctionnement de la justice administrative française pendant plus d'un siècle, et notamment depuis sa réorganisation en 1872. On ne peut aujourd'hui refuser d'admettre que ce sont les pouvoirs tout spéciaux du conseil d'État à l'égard de l'administration qui ont commandé ces solutions.

III. — *Les systèmes intermédiaires.*

Le troisième système est basé sur un respect scrupuleux de la séparation exacte des pouvoirs administratif et judiciaire. Il est admis en Belgique, au Danemark, dans les Pays Scandinaves, en Grèce, en Roumanie... Le pouvoir judiciaire a seul la juridiction sur toute affaire contentieuse ; les juridictions spéciales chargées de statuer sur certains litiges administratifs fondés sur des droits politiques (art. 93 de la constitution belge) font partie du pouvoir judiciaire, elles ne constituent pas des juridictions administratives.

Le pouvoir de juger comporte celui d'interpréter le sens et d'apprécier la légalité des actes administratifs, tout comme celui de statuer sur le fond du procès intenté à l'administration.

Mais cette compétence générale des tribunaux judiciaires à l'égard de l'administration s'arrête là et ne va pas jusqu'à s'immiscer dans l'administration active comme dans les systèmes anglo-saxons. Ils ne peuvent ni ordonner ni défendre quelque chose aux administrateurs comme ferait un supérieur hiérarchique, ni annuler ou réformer les actes administratifs. Leur rôle se réduit à constater la solution de droit applicable au litige et pour cela écarter l'application des actes administratifs illégaux à l'espèce dont ils sont saisis.

Enfin le régulateur du système est le pouvoir judiciaire, car la cour de cassation est seule à contrôler l'interprétation des tribunaux quant à leur compétence vis-à-vis de l'administration. Pour les particuliers ceci constitue la meilleure garantie de la protection judiciaire de leurs droits. Quant à l'indépendance de l'administration, sa garantie réside dans la haute autorité de la cour de cassation, et dans les préoccupations exclusivement *judiciaires* des tribunaux ; l'action de l'administration n'est pas entravée, considère-t-on dans ce système, par la juridiction contentieuse réglant des prétentions de droit. Car celles-ci ne fondent un recours contentieux que si les droits invoqués résultent de lois ou de dispositions administratives portées dans un intérêt individuel ; les lois qui ont exclusivement en vue l'intérêt général ne peuvent faire naître des droits civils ou des droits politiques dont les tribunaux puissent connaître. Le pouvoir exécutif est seul compétent de procurer l'application de ces lois d'administration de l'État.

Ainsi, comme nous l'avions fait prévoir, dans un système assurant la protection judiciaire des droits, tout en respectant l'indépendance de l'administration, on perd — contre-partie de cette protection — le bénéfice d'un contrôle quasi hiérarchique exercé par la justice administrative, et celui des effets attachés à un tel contrôle : annulation des décisions administratives entachées

d'excès de pouvoir, et réparation des torts causés aux intérêts des particuliers par l'activité des services publics en violation des directives fixées par le fonctionnement normal de ces services.

IV. — *Les systèmes intermédiaires ne peuvent réaliser un contrôle de l'administration comparable au recours pour excès de pouvoir.*

Une question peut venir tout naturellement à l'esprit, après un examen des divers systèmes de contentieux administratif, et on ne s'est pas fait faute de la poser. N'est-il pas possible d'organiser un système où la compétence judiciaire sur les affaires purement contentieuses soit assurée, en même temps que le contrôle objectif de l'administration le serait par un organisme semblable au conseil d'État français ? Pour bénéficier de l'institution du recours pour excès de pouvoir — d'origine évidemment hiérarchique — faut-il donc pousser la séparation des deux juridictions jusqu'à enlever au judiciaire toute compétence sur le contentieux administratif ?

M. JACQUELIN, qui examine cette question¹, pense que même si la plénitude d'attributions des tribunaux judiciaires devait entraîner la disparition du recours pour excès de pouvoir, ce ne serait pas encore payer trop cher le retour à un système plus respectueux de la mission du judiciaire. Mais la suppression du recours pour excès de pouvoir ne serait pas, à son avis, l'effet obligé d'une plus saine conception de la compétence judiciaire. « Le recours pour excès de pouvoir est apprécié de tous. Pourquoi dès lors, même avec l'une des deux réformes proposées, ne pourrait-il se maintenir à la connaissance et à la compétence du conseil d'État ? » (p. 377). Les deux réformes envisagées sont l'une le

1. JACQUELIN. *Op. cit.*, p. 374-378.

passage des tribunaux administratifs dans le cadre de l'organisation judiciaire générale, l'autre la séparation complète de la justice administrative — au moins aux degrés supérieurs de la juridiction — avec l'administration active. Le conseil d'État resterait dans le sein de l'administration active pour continuer à statuer sur ce recours objectif à caractère hiérarchique qu'est le recours pour excès de pouvoir.

Remarquons que ce maintien du conseil d'État est envisagé pour une réforme du contentieux administratif français, où le recours « existe et fonctionne déjà depuis longtemps ». Or, croyons-nous, si le conseil d'État est arrivé à avoir la physionomie si spéciale et l'autorité incontestée qu'il a en France, c'est justement parce qu'il a été pendant si longtemps le seul juge du contentieux administratif. Cette situation l'a poussé à élaborer ce droit administratif si admiré qui est son œuvre, autant dans l'intérêt des particuliers ayant à se plaindre de l'administration, que *surtout dans l'intérêt de celle-ci*, de son bon fonctionnement, de son bon renom. Il a assuré toujours plus de justice et d'équité dans l'examen des réclamations portées devant lui, car une administration est d'autant plus forte qu'elle est mieux acceptée par les particuliers.

Peut-on affirmer que, s'il eût eu une compétence plus réduite — et partagée avec la justice ordinaire — le sentiment d'une moindre responsabilité l'eût poussé à autant de scrupules ? « ... le progrès du droit administratif paraît doublement lié à l'existence d'un contentieux administratif... c'est grâce au contentieux administratif et au recours contentieux que le droit administratif français s'est constitué », nous dit M. HAURIOU ¹

Si donc en France le recours pour excès de pouvoir apparaît comme le résultat de la séparation des autorités administrative et judiciaire, et de l'existence d'une

1. HAURIOU. *Droit adm.*, p. 394.

justice administrative fonctionnant dans le cadre du pouvoir exécutif, il est douteux qu'un instrument si parfait puisse naître dans un système ignorant la justice administrative ; dans ce cas l'organisme chargé de statuer sur l'excès de pouvoir administratif ferait partie de l'administration active, et manquerait de l'impulsion et de l'autorité attachées au sentiment de responsabilité d'un *juge*.

Le fait est que nulle part, malgré le besoin ressenti d'une pareille organisation, une juridiction n'est née qui soit comparable au Conseil d'État français. Ce nous est une raison de croire qu'une telle naissance n'est pas favorisée par les systèmes assurant au pouvoir judiciaire la compétence sur les litiges administratifs fondés sur la lésion d'un droit.

CHAPITRE IV

REMARQUES GÉNÉRALES SUR LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

De l'exposé théorique de la séparation des pouvoirs on peut dégager plusieurs enseignements.

§ 1. — LES POUVOIRS SÉPARÉS DOIVENT COLLABORER

Ce que le principe vise en ce qui concerne l'administration, c'est d'assurer la satisfaction de l'intérêt général en faisant régner l'ordre public et en pourvoyant aux besoins communs par les services publics ; et pour cela créer un pouvoir qui soit compétent et indépendant. En ce qui concerne la justice, assurer le respect du droit par l'indépendance et la compétence à cet effet des juges.

Si, pour arriver à ces résultats on parle d'une séparation théorique de ces deux pouvoirs, cette séparation ne peut être absolue, car, de quelque façon que l'on entende les fonctions que ces pouvoirs exerceront, ces fonctions empiètent nécessairement les unes sur les autres. Cela est d'ailleurs normal puisque les pouvoirs doivent collaborer pour une fin unique : l'organisation du pouvoir social en vue de son meilleur fonctionnement.

Il reste cependant nécessaire de formuler un principe général pour diriger la réglementation. Se garder d'être subjugué par ce que la formule a de rigide, ne doit pas pousser à une totale négation du principe. On n'aurait pas pu élaborer des règles de droit sur les compétences, si on ne s'était basé sur un principe général.

Car des règles de droit sont des règles humaines ; bien que contenues dans l'ordre des choses, ce ne sont point des lois naturelles. C'est par la raison qu'on peut traduire en des normes réfléchies l'ordre de choses humain, social. Il faut donc respecter les modes du raisonnement qui sont de dégager des faits observés, des principes, pour ensuite appliquer ces principes.

Les pouvoirs sont une réalité et non une vue de l'esprit comme la fonction. La fonction est dégagée rationnellement de l'activité du pouvoir : elle traduit cette activité de façon abstraite ; c'est pourquoi la raison établit entre les fonctions des séparations absolues qui ne peuvent exister en réalité « ... comme toutes les distinctions de l'esprit, celles que l'on doit faire dans le domaine du droit sont un peu artificielles et forcément se pénètrent respectivement ¹... ». La fonction est donc une abstraction. La réalité, ce sont les pouvoirs.

L'organisation de ces pouvoirs consiste en une séparation, mais aussi en une collaboration ² ; de là une compénétration réciproque. On peut poser des cloisons étanches entre des catégories abstraites, entre des vues que l'esprit forge, mais non entre des organes qui coexistent dans la réalité. Un système absolu est très difficile à faire fonctionner.

Le principe de la séparation sera donc général, et laissera au constituant le soin d'en préciser les contours. Et d'un autre côté, les directives constitutionnelles et

1. DUGUIT. *Droit constit.*, I, p. 540.

2. A. MESTRE. Recherches sur l'exception d'illegalité, *Revista de Drept public*, 1929, p. 5 : « Il serait peut-être temps de faire passer au second plan cette notion d'ailleurs indispensable [de séparation] et d'attirer l'attention sur un autre aspect des choses, je veux dire sur la collaboration, le « concert » des pouvoirs. Il ne suffit pas en effet — besogne purement négative — de tracer les frontières qui limiteront l'empire de ces puissances ; il faut encore et surtout les faire vivre ensemble en les faisant coopérer au bien commun. » L. DUGUIT. *Op. cit.*, II, p. 528 : « Sous le nom de séparation des pouvoirs il y a aujourd'hui une collaboration des organes de représentation et une répartition des fonctions. »

légales ne pourront elles-mêmes résoudre le détail des rapports du judiciaire et de l'exécutif. La solution des cas pratiques sera apportée par l'adaptation des règles aux besoins particuliers ; le juge y trouve matière à exercer sa jurisprudence.

L'organisation des rapports du judiciaire avec l'exécutif ne pouvant procéder d'une séparation abstraite absolue, elle trouve sa solution dans la réalisation du principe en pratique.

§ 2. — L'ORGANISATION DE DROIT SE SURAJOUTE A L'ORGANISATION POLITIQUE ET FAIT DE CELLE-CI UN SYSTÈME DE DROIT CONSTITUTIONNEL

Le problème du contentieux administratif s'est posé après celui du partage politique du pouvoir, qui, lui, est un « procédé d'art politique pour assurer l'équilibre des forces politiques et protéger la liberté ¹ ».

C'est depuis que l'activité de l'administration est devenue une activité juridique soumise au droit, que la question de la sanction de ce droit apparaît un problème du droit public. Sous l'ancien régime, l'administration procédait du pouvoir discrétionnaire d'un monarque absolu ; son activité n'était entravée par aucune règle juridique. La plupart des États d'Europe vivaient sous ce régime du pouvoir absolu. C'est pourquoi la séparation des pouvoirs visait à établir un régime d'équilibre entre divers pouvoirs politiques.

Depuis que le régime de la légalité a été proclamé par la Révolution française, l'arbitraire cède la place au droit. L'État lui-même y est soumis, car le droit est concrétisé dans la loi, expression de la volonté générale ; et l'organisation, l'activité de l'État sont réglementées par les lois. Tout le XIX^e siècle est caractérisé par le développement de cette réglementation. Les rapports

1. L. DUGUIT. *Op. cit.*, II, p. 521.

de l'État et des administrés deviennent des rapports juridiques et non plus des rapports de forces dominés par les seuls impératifs politiques qui s'imposent aux gouvernants en fait.

Ainsi, la nécessité d'organiser la sanction de l'activité *de droit* de l'État, trouve réalisée une séparation des pouvoirs sur la base de leur équilibre politique. Le problème que doit résoudre le contentieux administratif est celui d'adapter à la séparation politique existante, la condition qui s'impose de plus en plus : soumission au droit de l'activité de l'État et contrôle juridictionnel de cette soumission ¹.

Ce contrôle peut-il être exercé par le pouvoir judiciaire ? Dans ce cas il s'adapte parfaitement à la séparation existante. Suppose-t-il au contraire une compétence administrative spéciale du juge ? Il apporte alors à cette séparation, avec la justice administrative, une précision nouvelle qui influe sur le principe lui-même.

§ 3. — UNE JUSTICE ADMINISTRATIVE NAÎT NÉCESSAIREMENT DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ DE L'ACTIVITÉ ÉTATIQUE

Cependant, quelle que soit l'organisation du contentieux, quelle que soit l'interprétation donnée au principe de la séparation des pouvoirs, il est remarquable que la création d'une justice administrative — là où elle n'existe pas du commencement — apparaît

1. Il est bien vrai que le procès de soumission progressive de l'État au droit n'a pas eu tout à fait ce caractère successif par rapport à la séparation des pouvoirs et que, en France par exemple, le contentieux administratif existait dès la révolution et était déferé, pour la juridiction inférieure, aux directoires élus de districts (L. du 7 septembre 1790) et pour la juridiction supérieure aux ministres. Mais le caractère *contentieux* n'apparaissait pas nettement ; il ne s'est développé que plus tard. Dans un examen aussi schématique que le nôtre, nous devons forcer les traits caractéristiques au détriment de la vérité plus complexe.

comme nécessaire à un moment donné. Si, dans les pays à compétence judiciaire étendue, la création d'une telle juridiction peut se faire attendre justement parce que la protection judiciaire va, dès le début, plus loin dans le contrôle de l'activité administrative, il arrive un moment où les nécessités d'une fonction juridictionnelle, senties par la conscience juridique d'un pays, débordent la compétence judiciaire. Cette tendance, prévisible là où la compétence judiciaire respecte l'autonomie de l'administration, est surtout significative dans les systèmes où le contrôle judiciaire de l'administration est poussé au point que l'administration active lui est entièrement subordonnée.

Cela signifie que, comme le dit M. HAURIOU, « le régime du droit commun assujettit l'administration jusqu'à un certain point au delà duquel il la laisse hors du droit » (p. 31). Car les raisons de décider dans les matières du droit public sont différentes de celles existant en droit privé ; et les règles de droit, n'étant pas toutes exprimées dans la loi, s'appliquent par la consécration jurisprudentielle ; or, la règle de droit public est fondée sur une autre détermination des rapports juridiques que celle de la vie privée.

Dans le système roumain, si rapproché du belge, nous trouverons ces tendances vers la création de juridictions mieux à même de juger l'action administrative que les juges ordinaires, et cela en dépit de l'interdiction constitutionnelle de la justice administrative avec attributions de juger les affaires contentieuses.

§ 4. — LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS N'EST PAS SIMPLE

Il contient trois points de vue différents :

1^o *Le but*, la raison d'être de la séparation des pouvoirs, a été la mission des pouvoirs de s'équilibrer réciproquement. Cette mission fonde le *contrôle réciproque*.

2° *Le moyen d'action* de ces trois pouvoirs, c'est leur fonction. Ceci fonde une *séparation théorique nette*.

3° *La condition d'existence* en quelque sorte du pouvoir, c'est l'autorité qui exerce cette fonction. Cette condition fonde l'*indépendance* de ces autorités.

Ces trois tendances doivent être conciliées pour permettre le fonctionnement de tout système constitutionnel fondé sur la séparation des pouvoirs.

TITRE II

RÉALISATION DU PRINCIPE EN PRATIQUE

Pour bien saisir la valeur constructive du principe de la séparation des pouvoirs relativement au problème du contentieux administratif dans un pays donné, il faut rechercher dans l'organisation constitutionnelle de ce pays, le type de séparation des pouvoirs auquel cette organisation appartient. Elle ressort des textes.

Il faut aussi tenir compte qu'un système durablement agencé est le produit des circonstances de fait, des réalités vivantes et toujours changeantes et point le résultat théorique de méthodes prescriptives et dogmatiques. Il respecte la tradition sociale, la formation politique, l'histoire des institutions d'un pays. L'état présent s'appuie sur toute la succession de faits qui constituent le passé. Mais aussi il faut tenir compte qu'un tel système doit s'adapter aux nécessités nouvelles, aux sollicitations des tendances dominant l'actualité.

Ensuite il est nécessaire de confronter le principe posé tout d'abord avec l'évolution et le sens des institutions qui caractérisent le type. Car cette évolution, et les résultats pratiques réalisés par le fonctionnement de ces institutions, contiennent une signification propre et précisent à leur tour le principe dont elles découlent.

Ces répercussions du fonctionnement pratique sur le principe de base ne font que l'assouplir et arrondir dans la pratique les aspérités inhérentes à la rigidité théorique de ce principe. Elles ne l'annulent point. La pratique ne peut aller à l'encontre du principe qui la domine. Il est important qu'une base principiale solide

soit à l'origine des institutions de l'État. Dégager cette base principiale à la lumière des faits par l'enseignement que fournit la vie du système, ne fera que renforcer le cadre formel qui moule l'activité juridique des sociétés humaines.

CHAPITRE PREMIER

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF EN FRANCE

§ 1. — L'ANCIEN RÉGIME

En principe, sous l'ancien régime jusqu'en 1789, le pouvoir de juridiction appartenait au roi. Le conseil du roi était le tribunal suprême de tout le royaume. Si, pour lutter contre la justice seigneuriale, les parlements furent créés, ceux-ci constituèrent des moyens d'extension de la justice royale, et aucune séparation de principe n'existait entre cet ordre de juridiction et le pouvoir absolu du monarque. C'était le système de la *justice retenue*.

Si, par la suite, les parlements font figure (surtout au XVIII^e siècle) de pouvoir opposé à la royauté, c'est que les attributions dont ils étaient investis afin d'imposer leur jurisprudence aux justices seigneuriales (arrêts de règlement), ou afin de réaliser des progrès techniques comme la publication des lois (droit d'enregistrement des ordonnances royales), ou une meilleure législation par des réformes proposées par ceux qui devaient appliquer cette législation (droit de remontrances), c'est que ces attributions étaient assez importantes pour permettre à un moment donné au parlement d'en user dans un but politique. Aucune de ces attributions ne rentrait normalement dans le droit de juger. Les conflits entre la royauté et les parlements sous l'ancien régime n'étaient donc nullement le fait d'une opposition entre pouvoirs séparés, mais entre deux puissances exerçant des pouvoirs confondus. L'indépendance

des parlements due au système de patrimonialité des offices, contribuait à rendre leurs attributions dangereuses.

§ 2. — LA RÉVOLUTION

C'est dans la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen insérée dans la Constitution de 1791 que le principe de la séparation des pouvoirs est posée pour la première fois ¹.

Ce principe fut précisé par la loi des 16-24 août 1790 ², par la constitution du 3 septembre 1791 ³, par le décret du 16 fructidor, an III ⁴, dans le sens d'une interdiction faite aux juges d'administrer ou de troubler l'activité de l'administration. En même temps la séparation du judiciaire et de l'exécutif est consacrée par la création d'un tribunal de cassation placé à la tête du pouvoir judiciaire et complètement séparé de l'exécutif ⁵.

Nous avons vu que le principe de la séparation n'est pas précisé en ce qui concerne les rapports du judiciaire avec l'exécutif, sans une organisation du jugement du contentieux administratif d'une façon ou d'une autre. Quelle fut la solution française ? Lors de l'organisation du pouvoir judiciaire, la compétence sur certaines

1. Art. 16 : « Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution. »

2. Titre II, art. 13 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

3. Titre III, chap. v, art. 3 : « Les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du droit législatif, ou suspendre l'exécution des lois ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux, les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

4. 2^e alinéa : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient... »

5. Loi du 27 novembre 1790. Cf. JACQUELIN. *Op. cit.*, p. 50.

affaires administratives est enlevée à celui-ci pour passer dans la compétence de l'administration ¹.

Le souvenir des abus commis par les anciens parlements fut à l'origine de cette solution ². Mais aussi la conception théorique de la séparation des pouvoirs qui avait cours à la révolution ³.

L'interprétation des textes révolutionnaires dans le sens de l'incompétence des tribunaux judiciaires sur les litiges administratifs est l'œuvre de la doctrine, et de la jurisprudence du conseil d'État et du tribunal des conflits. Cette interprétation a eu comme arme l'institution du conflit.

§ 3. — L'ORGANISATION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Le décret des 7-14 octobre 1790, 3^o, en posa la base : « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs, ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux ; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale » ; le même système fut maintenu dans la législation postérieure.

Sous la Constitution de l'an VIII, la centralisation administrative ne fait que se renforcer. Le conseil d'État reçoit le droit de juger les conflits par une interprétation extensive de l'article 52 qui le chargeait seulement de « résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ⁴ ».

Toute l'organisation napoléonienne tend à accroître

1. Décret des 7-11 septembre 1790.

2. JACQUELIN. *Op. cit.*, p. 51.

3. Cf. DUGUIT. *Op. cit.*, II, p. 531 et s. Notamment, p. 532 : « ... c'est parce que l'Assemblée de 1789 voyait, comme Montesquieu, dans l'ordre judiciaire la puissance exécutrice des choses du droit privé..., jugeant les crimes et les différends entre les particuliers, qu'elle lui a enlevé la connaissance des procès publics et créé logiquement les éléments du contentieux administratif moderne. »

4. Interprétation donnée par un arrêté des Consuls du 5 nivôse an VIII, portant réglementation de l'organisation du conseil d'État.

le pouvoir exécutif, qui décide seul sur toutes les contestations qui intéressent la marche de l'administration. Et cela persiste jusqu'en 1872, par la législation sur la compétence des juridictions administratives, et par le conflit que l'administration souleve et que juge le conseil d'État ; après 1872, par la compétence de droit commun du conseil d'État sur les affaires administratives, sous le contrôle du tribunal des conflits organisé de façon mixte mais empreint de l'esprit gouvernemental¹.

C'est par l'organisation administrative du Premier Empire sur la base du régime administratif — en réaction du pouvoir exécutif contre les abus du gouvernement d'assemblée de la Convention, et contre la période d'oscillations du pouvoir sous le Directoire —, que le système de contentieux administratif français a pu se développer. Les besoins et les prérogatives de l'administration nécessitaient une juridiction compétente techniquement en même temps que possédant l'autorité quasi hiérarchique sur l'administration active.

Le partage des compétences entre les deux ordres de juridiction, compris à la Révolution dans le sens que le caractère administratif de l'acte en cause ou de la personne poursuivie en justice enlevait la connaissance du litige aux tribunaux judiciaires², a peu à peu évolué. Il est conçu finalement de façon moins rigide. Car le

1. L'institution du conflit a eu une influence primordiale sur le système français de contentieux administratif. Ainsi, sous l'empire de l'art. 75 de la const. de l'an VIII, en dépit de l'art. 3 de l'ordonnance de 1828 qui interdisait l'élévation du conflit dans les poursuites contre les fonctionnaires pour défaut d'autorisation administrative, la jurisprudence a persisté à l'admettre. Cf. JACQUELIN. *Op. cit.*, p. 73.

Après l'abrogation de l'art. 75 par le Décret du 19 septembre 1870, c'est toujours par l'institution du conflit que les poursuites en responsabilité contre les fonctionnaires ont été soustraites à la compétence judiciaire (Trib. des confl., 26 juillet 1873, *Pelletier R.*, 1^{er} suppl., p. 118).

2. La règle était à la Révolution que « tout procès dont le jugement implique l'appréciation d'un acte ou d'une opération *ad-tifs*, est de la compétence des administrateurs » (DUGUIT, III, p. 31).

partage des deux compétences et la séparation des deux ordres de juridiction « se rattache au besoin de concilier l'indépendance administrative et les nécessités de l'action gouvernementale avec les garanties auxquelles l'individu a légitimement droit pour sa personne, sa liberté et ses biens ¹ ». De sorte qu'aujourd'hui la compétence sur le contentieux administratif est soustraite à l'ordre judiciaire quand il s'agit d'actes ou d'opérations où la *puissance publique* est en jeu ². C'est qu'en effet alors seulement interviennent, d'un côté le caractère exorbitant du droit commun de l'activité administrative, et d'un autre côté l'incompétence naturelle du juge ordinaire de connaître de cette activité.

§ 4. — SENS ET CARACTÉRISTIQUES DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE

Sous le Premier Empire, une conception domine : le pouvoir exécutif est le pouvoir actif de l'État. La séparation vise à le limiter de deux manières : préalablement, par des règles générales ; techniquement, par son cantonnement dans l'*action*. Le pouvoir de justice est incompatible avec cette mission active, car le juge a un rôle passif. Il n'était donc pas question de cette autre limitation : par le contrôle postérieur de l'action accomplie, contrôle procuré par des juridictions véritables ; car dans les litiges administratifs le point de vue actif domine, ou, tout au moins, il est fortement associé au juridictionnel ³.

1. DUGUIT. *Op. cit.*, III, p. 29.

2. Cf. HAURIOU. *Op. cit.*, p. 344.

3. Ce qui fonde la mission du juge, ce qui est la raison de sa compétence, c'est qu'il est libre vis-à-vis de tout ce qui est préoccupation de politique législative ou administrative. Il doit s'inspirer dans sa décision uniquement du droit et des faits de la cause. Connaître de tous ces faits, lorsque l'administration est en jeu, c'est, singulièrement, décider ce que l'administration *devait faire* ; donc c'est administrer rétrospectivement. Ce point de vue était normal à une époque

Une deuxième évolution est donc réalisée par le procès de juridictionnalisation des organes administratifs chargés de résoudre les réclamations.

C'est cette évolution, réalisée par l'organisation du conseil d'État, dont l'étape finale est la loi du 24 mai 1872, qui créa la justice administrative séparée de l'administration active.

Mais de ses origines, et de ses attaches avec l'administration persistant malgré cette séparation, le conseil d'État garde le caractère de chef suprême de l'administration. Le fait que le contrôle qu'il assure est exercé dans les formes juridictionnelles est une garantie aussi bien des droits et intérêts des particuliers que de l'observation de la règle de droit objective.

§ 5. — RÉSULTATS

De cette situation toute spéciale assurée à la justice administrative, ainsi que de la mission strictement judiciaire de la justice ordinaire, des conséquences importantes découlent :

1° *La lutte pour la compétence* entre les deux ordres de juridictions sur la base de la protection judiciaire des droits d'un côté et du contrôle de la puissance publique de l'autre côté, permet de trouver cette limite réelle qui sépare deux pouvoirs existant et collaborant dans la pratique, car cette limite est discutée dans tous les cas obscurs devant des juges spéciaux.

2° *La création du droit administratif.* — La compétence exclusive de la justice administrative sur les affaires touchant la puissance publique et l'autorité directe

où le droit administratif n'existait pas — sinon comme des directives internes des services, et comme une réglementation ne fondant pas des droits. — C'est par l'exception d'illégalité des actes généraux que la nécessité de sauvegarder l'indépendance de l'administration et la nécessité de garantir le droit, ont d'abord été conciliées. V. A. MESTRE. Recherches sur l'exception d'illégalité. *Revista de drept public*, 1929, p. 5-31.

du conseil d'État sur l'administration, ont commandé la création du droit administratif. Ce droit est séparé du droit commun par ce qui y est spécial : les prérogatives de l'administration. Les pouvoirs spéciaux des juges administratifs en font un droit jurisprudentiel procédant par décision d'espèces plutôt que par règles légales, ce qui lui assure une grande souplesse et en fait un instrument d'équité en même temps qu'il assure une bonne administration.

3° *Le contentieux objectif.* — Les pouvoirs quasi hiérarchiques du conseil d'État ont fondé le contentieux objectif des actes administratifs, procurant l'annulation des actes pris par *excès de pouvoir* et même par *détournement de pouvoir*, notion de moralité administrative qui ne se peut ramener à la violation des règles objectives. Ce contrôle juridictionnel de l'acte administratif en dehors de toute atteinte à un droit subjectif serait incompatible avec la compétence judiciaire.

4° *Les grandes constructions jurisprudentielles.* — Une fois le litige administratif enlevé au juge ordinaire et le droit commun écarté, la justice administrative a pu élaborer des constructions juridiques fondées sur la nature spéciale des situations juridiques du droit public. Telles sont la théorie de la responsabilité de l'administration pour faute de service, celle de la fonction publique, celle du domaine public, etc...

En matière de responsabilité de l'État notamment le conseil d'État a déterminé la condition de la régularité de l'exécution des services publics. Il a élaboré la notion de l'activité *normale* de ces services.

§ 6. — VALEUR DU SYSTÈME

Avec ce système on a un instrument d'expression du droit plus adéquat aux matières administratives. Le droit concret est dû à la collaboration du juge et du législateur. Ici le juge ordinaire ne pouvant intervenir,

le législateur seul pourrait créer le droit ; or, plus qu'en droit privé les matières du droit administratif se refusent à une réglementation détaillée (et cependant plus grande est la nécessité d'une telle réglementation). Cela tient à la grande marge du pouvoir discrétionnaire de l'administration à l'égard de la loi ; elle exerce ce pouvoir par la prérogative spéciale qui y est attachée : l'action d'office.

Mais même pour la réglementation fournie par le législateur, le juge ordinaire ne peut intervenir si cette réglementation ne consacre pas des droits subjectifs réalisables par l'*action* en justice ; ou du moins il ne peut fournir la sanction du droit que par voie d'*exception*.

Dès lors, l'administration étant seule compétente de décider sur diverses matières, et le droit auquel son activité est soumise ne pouvant être toujours fixé par le législateur et appliqué par le juge ordinaire, pour ce qui concerne cette marge de pouvoir discrétionnaire, force serait donc de laisser l'administration sous la seule autorité du pouvoir hiérarchique de l'administration active.

C'est la grande valeur de ce système de l'avoir soumise à un contrôle juridictionnel, et que ce contrôle soit en même temps créateur du droit administratif. — Comme le dit Maurice HAURIOU dans un article plein de suggestions saisissantes paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926 (reproduit dans les *Cahiers de la nouvelle journée*, 1933, N° XXIII, p. 147-191), le régime administratif est la conséquence du procès d'enlèvement au judiciaire de la police juridique, enlèvement consacré par la séparation des pouvoirs qui a relégué le pouvoir judiciaire dans la juridiction contentieuse du fond du droit. Les administrateurs et les juges administratifs, s'inspirant pour la solution des cas concrets de *directives* nées de la situation spéciale de l'administration, fixent de plus en plus ses directives dans des règles et par là favorisent la soumission à un droit admi-

nistratif de ce pouvoir discrétionnaire de l'administration. La justice administrative permet le passage vers le fond du droit de la police juridique. La tendance du fond du droit, une fois formé, est de passer au judiciaire. La justice administrative serait donc une institution de transition. Mais, passagère, elle est toujours renouvelée parce que le procès de formation du droit par la police juridique est permanent.

CHAPITRE II

LE SYSTÈME ROUMAIN

§ 1. — LES CIRCONSTANCES HISTORIQUES ET POLITIQUES SPÉCIALES À LA ROUMANIE

Nous avons vu précédemment, à propos de la doctrine de M. JACQUELIN, qu'en théorie un pouvoir judiciaire chargé de protéger les droits des individus, et ayant la plénitude de ses attributions, avait une valeur logique et rationnelle de premier ordre, et qu'on pouvait concevoir qu'une valeur politique et sociale, s'y attache également. Cependant, en présence d'éléments historiques, politiques, sociaux, spéciaux à la France, c'est le système du pouvoir exécutif indépendant et de la justice administrative qui a prévalu. C'est que, en présence des circonstances citées, un pouvoir judiciaire à compétence universelle sur tout ce qui est litige contentieux aurait eu une valeur pratique simplement fonctionnelle. Les intérêts politiques vitaux du pays furent bien mieux servis par le régime administratif avec son corollaire : la justice administrative. Il est certain que laisser au judiciaire la plénitude de ses attributions *peut* avoir une grande valeur politique et sociale ; mais cela ne veut pas dire que toujours et en toute circonstance il en soit ainsi. La valeur d'une institution dépend de ces circonstances auxquelles elle doit s'adapter. On doit la juger non seulement sur le plan des principes, mais aussi sur celui des données pratiques.

En ce qui concerne le système roumain, nous allons voir que la situation lors de l'institution du principe de

la séparation des pouvoirs était inverse de celle dans laquelle la France se trouvait à la Révolution et surtout au début du XIX^e siècle.

En effet, en Roumanie, le but politique le plus urgent à atteindre était d'assurer la protection des droits privés de façon intégrale, même contre l'administration. La Roumanie avait vécu sous un régime de pouvoir absolu et en avait toujours souffert, n'ayant jamais connu, comme la France, les difficultés de la royauté devant les prétentions excessives des parlements de l'ancien régime, ni les abus d'un gouvernement d'assemblée auquel l'exécutif fût entièrement soumis. Ces situations ont commandé la réaction de l'exécutif devant ces abus que sa faiblesse rendait possibles ; cette réaction fut le fait du régime napoléonien, c'est-à-dire d'un gouvernement fondé sur un très fort régime administratif, sur la toute-puissance de l'exécutif. Tandis qu'en Roumanie, la constitution de 1866, non seulement avait à instaurer, sous l'influence des idées de 1848, un régime de protection et d'exaltation des libertés individuelles par la garantie des droits, mais venait immédiatement après une expérience de gouvernement personnel du prince Cuza — premier monarque unique des principautés réunies en 1859 —, expérience inspirée par le gouvernement impérial de la France.

En France, du régime administratif est né le droit administratif, et le système s'est acheminé vers une administration exécutive de ce droit. En Roumanie, du régime de pouvoir absolu fonctionnant maladroitement, est né, par réaction, un système de protection judiciaire des droits des individus.

On peut trouver qu'aujourd'hui, à son point d'arrivée, ce système accuse certaines faiblesses, notamment en ce qui concerne la création d'une administration efficace, de services publics bien organisés, d'un contrôle de la moralité administrative, etc... Nous verrons dans la conclusion de ce travail ce qu'il faut en penser. —

Tandis que le régime administratif français, créateur d'organismes administratifs puissants, d'un esprit administratif spécifique, d'un droit administratif modèle, est l'ossature même de l'État français, l'élément de sa force et de sa permanence à travers les convulsions politiques multipliées tout au long du XIX^e siècle, et l'élément d'ordre devant les difficultés et les menaces de l'heure présente.

On peut aujourd'hui constater que les solutions du droit administratif français procurent aux individus une protection contre la pesante machine étatique bien meilleure que celle, plus timide et moins étendue, qu'assurent les tribunaux judiciaires en Roumanie. Après que nous aurons étudié les différentes voies de justice ouvertes contre l'administration, nous pourrons porter là-dessus un jugement plus éclairé. Mais il ne faut pas perdre de vue les conditions dans lesquelles a été réalisée la première grande assise constitutionnelle à la suite de la création de l'État roumain moderne, et considérer que les bases de notre droit public ont été posées alors que l'urgence de certaines réformes primait toute autre considération.

Ces réformes consistaient à assurer le règne du droit dans un pays qui n'avait que trop connu l'arbitraire ; la protection de l'individu, dans un pays où l'insécurité juridique dans les rapports avec l'administration l'avait pendant des siècles habitué à ne compter que sur la bienveillance toujours douteuse du pouvoir public, sur laquelle on ne peut fonder que des situations précaires dominées par des contingences politiques.

En effet les deux principautés — moldave et valaque — dont la réunion forma l'État roumain, avaient vécu depuis des siècles sous le pouvoir absolu de leurs princes ; ceux-ci s'intitulaient « Domni » (du latin *dominum*) dont le sens est similaire de *souverain régnant*. Ils cumulaient tous les pouvoirs et possédaient le droit de vie et de mort sur leurs sujets. La volonté du prince était la loi.

S'il se conformait aux coutumes, c'était par mesure politique : rien ne donne plus de force et de légitimité au pouvoir absolu que les attaches de la tradition ; mais il pouvait les changer quand le besoin s'en faisait sentir. Il est évident qu'avec ce système toute justice émanait du prince.

Cette situation à l'intérieur du pays ne fut en rien influencée par la suzeraineté de l'Empire Ottoman.

Il n'était donc pas question d'une séparation de la justice et de l'administration. Les mêmes organes exerçaient les deux attributions sous l'autorité suprême du monarque.

§ 2. — LA PÉRIODE QUI PRÉCÉDA LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1866

Sous l'influence des idées occidentales de légalité et de souveraineté nationale, le début du XIX^e siècle voit se multiplier les mémoires, propositions, programmes, manifestes élaborés plus ou moins secrètement. Un projet des *carbonari* moldaves de 1822 établissait la séparation des pouvoirs exécutif et législatif et celle de la justice et de l'administration. Ce projet de constitution fut appliqué en fait pendant quelques années¹ par le prince I. S. Sturdza qui était lui-même membre de la société secrète qui avait élaboré le projet. Mais ces tendances vers un gouvernement constitutionnel ainsi que cette réalisation éphémère ne font que préparer le terrain sur le plan idéologique.

La première constitution écrite fut le Règlement Organique de 1831 et 1832 élaboré et promulgué sous l'occupation russe. C'est une première organisation d'un gouvernement constitutionnel. Elle consacre la séparation des pouvoirs et celle de la justice et de l'admi-

1. Cf. D. V. BARNOSCHI. *Constitutia Carvunarilor*, *Revista de drept public*, 1926, p. 263.

nistration¹. Cependant, jusqu'à la convention de 1858 qui institue pour la première fois une cour de cassation, le chef suprême du judiciaire était le prince statuant en son conseil².

La Convention du 7/19 août 1858³ organisant les « Principautés-Unies de Moldavie et de Valaquie » prévoit expressément les trois pouvoirs : législatif, exécutif et judiciaire. Ce dernier est exercé par les magistrats sous le contrôle suprême de la nouvelle cour de cassation dont les membres sont inamovibles. « Personne ne peut être soustrait à ses juges naturels » dit l'article 7. Cependant aucun texte ne précise la portée de la séparation des pouvoirs.

Une *commission centrale* de 16 membres nommés pour moitié par les deux princes hospodars et pour moitié élus par les deux assemblées législatives, prépare les lois d'intérêt commun (art. 6, 2^e al.) et doit réaliser l'unification législative par les codes civils, pénal, de commerce, etc... (art. 35). De plus, les lois d'intérêt spécial et local ne peuvent être promulguées que sur l'avis conforme de la commission centrale après examen de leur constitutionnalité.

Dès le début du régime de la convention de 1858, le prince Cuza ayant été élu hospodar par les deux pays, l'unité de fait de la Roumanie se trouva réalisée. La commission centrale fut supprimée et toutes les dispositions de la convention relatives à la dualité des principautés restèrent sans application.

Un conseil d'État est créé, par une loi du 11 février

1. Art. 212 pour la Valaquie et 279 pour la Moldavie : « La séparation des pouvoirs adm. et judic. étant reconnue absolument nécessaire pour la bonne organisation dans les affaires judiciaires et pour la sauvegarde des droits des particuliers, ces deux branches du pouvoir seront dorénavant absolument distinctes. »

2. Art. 362 régl. moldave et 319 régl. valaque.

3. Signée à Paris entre la Turquie et les puissances garantes de l'autonomie des Principautés-Unies (Autriche, France, Grande-Bretagne, Prusse, Russie et Sardaigne).

1864, d'après le modèle français. Il est placé « près du pouvoir exécutif » dit l'article premier. Ce conseil prépare les lois et règlements et *exerce certaines attributions contentieuses*. Le fait est qu'il servit surtout de conseil législatif au prince Cuza pendant l'essai de gouvernement personnel à la suite du coup d'État du 2 mai 1864.

Bien que le conseil d'État n'ait duré que deux ans, car après les détronement de Cuza il a été supprimé par la nouvelle constitution, son organisation en ce qui concerne ses attributions contentieuses a une certaine importance : c'est par réaction contre le système du conseil d'État que la Constitution roumaine posa l'interdiction pour l'avenir, de toute justice administrative.

Ses membres étaient nommés par décret. Ils n'avaient aucune indépendance vis-à-vis de l'exécutif. En fait l'autorité et la compétence technique du conseil furent grandes ; toute la législation fondamentale du pays, code civil, pénal, commercial, procédures, encore en vigueur aujourd'hui, fut son œuvre.

En matière contentieuse la compétence du conseil était double :

1° *Une compétence d'attribution* sur certaines affaires administratives dont le jugement lui était expressément déferé par les lois (art. 49) ¹. Dans ces cas ses décisions étaient définitives.

2° *Une compétence générale* de statuer au contentieux sur toutes réclamations adressées au conseil par « les particuliers ou autres personnes juridiques lésées dans leurs intérêts par des mesures administratives » (art. 51) ; ainsi que le contentieux de l'interprétation des actes administratifs.

1. Citons par exemple, le recours contre les décisions des commissions départementales de la régie des monopoles dont la compétence est donnée au conseil d'État par l'art. 32 de la loi du 5 décembre 1864 pour le monopole des tabacs.

Les lois créant au conseil des attributions contentieuses sont rares. Pendant sa courte durée, c'est surtout la mission législative qu'il a exercée.

Mais, et là réside le trait caractéristique du système, « dans les matières contentieuses, quand il y a atteinte à l'intérêt d'un particulier ou d'une personne juridique, la décision du conseil d'État ne ferme pas la voie de la juridiction des tribunaux ordinaires, sauf aux cas spécialement déterminés par les lois (*supra* 1°), ou au cas où les parties déclarent par écrit se contenter de la décision du conseil » (art. 33). Ainsi la compétence générale en matière administrative contentieuse est purement consultative (art. 50).

Enfin le conseil d'État juge aussi le contentieux disciplinaire contre les fonctionnaires administratifs (art. 46).

Ce conseil d'État était plus un conseil législatif que le chef de l'administration; peut-être parce que, ayant fonctionné seulement deux ans, et son œuvre capitale ayant été pendant ce temps législative, ses attributions administratives sont restées dans l'ombre. De plus toutes ses attributions administratives étaient simplement consultatives. Ainsi l'article 44 : « le conseil d'État *pourra* être consulté sur toutes questions administratives par le prince ou les ministres » ; article 45 « il *pourra* être consulté surtout : e) sur les conflits nés entre les autorités départementales, communales ou municipales, et sur les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et la judiciaire... ».

Que signifie cet al. e) ? Tout d'abord on pourrait croire qu'il consacrait la séparation des deux ordres de juridiction, ou même que, sur toutes les questions administratives sur lesquelles il y aurait conflit, la compétence judiciaire pouvait être souverainement limitée par le conseil d'État. En fait, la compétence *consultative* du conseil, aussi bien sur les affaires contentieuses que sur le conflit, enlevait à cette disposition son importance apparente relativement aux relations des deux pouvoirs en question. De plus la procédure du conflit n'était pas réglementée. Il n'aurait d'ailleurs pu exister de conflit

que pour les matières laissées expressément par les lois à la compétence du conseil. Mais la précision même de cette compétence d'attribution rendait impossible un conflit. En fait il n'y a pas eu d'exemples.

Par ses attributions mêmes, le rôle juridictionnel du conseil d'État est resté effacé¹. Il a été surtout l'instrument du gouvernement personnel après le coup d'État du 2 mai 1864. Ce régime prit fin par la réaction des mécontentements coalisés du parti avancé pour lequel les réformes réalisées étaient encore insuffisantes, et du parti conservateur qui voulait sauvegarder les privilèges de la classe possédante (11 février 1866).

§ 3. — LA CONSTITUTION DE 1866. — SENS DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS RÉALISÉE PAR CETTE CONSTITUTION.

La constitution du 30 juin 1866 est inspirée et en grande partie reproduite d'après la constitution belge de 1830. Elle établit trois pouvoirs mais nulle part ne précise leur séparation.

Cependant des articles 14², 29³, 36⁴, 104⁵, ainsi que de l'existence à la tête du judiciaire d'une cour de Cassation dont l'indépendance est assurée par l'inamovibilité de ses membres, il ressort clairement que l'ordre judiciaire constitue un pouvoir distinct dont l'attribution est la juridiction contentieuse. La justice ne pouvant agir d'office, mais devant être saisie par une

1. Cf. M. VARARO. *Contenciosul de anulare si reformare*, Bucarest, 1933, p. 56.

2. « Personne ne peut être soustrait, contre son gré, aux juges que la loi lui assigne. »

3. « Aucune autorisation préalable n'est nécessaire pour exercer des poursuites contre les fonctionnaires publics, pour les faits de leur administration, par les parties lésées. »

4. « Le pouvoir judiciaire s'exerce par les Cours et Tribunaux. »

5. « Aucune juridiction ne peut être établie qu'en vertu d'une loi. »

demande fondée sur un droit, sa mission est la protection des droits déduits devant elle.

De plus, la constitution dans son article 131, supprime le conseil d'État. Les attributions contentieuses de ce dernier sont dévolues par une loi spéciale aux tribunaux judiciaires; et « la cour de Cassation décidera comme par le passé sur les conflits d'attribution ».

Ainsi il n'existe plus qu'un seul ordre de juridictions. Le conflit d'attributions n'a plus de raison d'être et il se confond pratiquement avec le recours en cassation pour excès de pouvoir du juge. Et cependant, aussi bien la constitution de 1866 que celle de 1923, et que la loi organique de la cour de cassation à travers ses modifications successives, maintiennent cette notion. M. le professeur Negulesco y voit « une simple inadvertance ¹ » : lors du passage des attributions du conseil d'État aux tribunaux ordinaires on a confié la juridiction du conflit à la cour de cassation « sans remarquer que la juridiction administrative était supprimée, le pouvoir judiciaire restant seul compétent, et par là étant écartée la possibilité de conflits d'attribution » (p. 58).

Une fois la protection des droits confiée au pouvoir judiciaire, cette mission doit s'exercer pleinement. Elle a été interprétée comme une limitation du pouvoir exécutif, ne constituant pas une entrave à l'activité de l'administration, puisqu'elle consiste à dire le droit à l'occasion d'une espèce. Nous verrons que la compétence judiciaire comportait — avant les lois sur le contentieux administratif — la protection des droits atteints par l'administration par une réparation simplement *compensatoire* de ces droits : les actes administratifs illégaux étaient écartés par l'exception d'illégalité, et le tort causé, dédommagé.

Cette conception des relations du judiciaire et de l'exécutif est fondée :

1. Paul NEGULESCO. *Traité de droit adm. roumain*, 1933, p. 57.

1^o Sur l'absence de textes semblables à ceux des lois de la Révolution qui, en France, établissent l'indépendance de l'administration vis-à-vis de la justice ordinaire.

2^o Sur la loi du 9 juillet 1866, article 8 : « les affaires de nature contentieuse que juge le conseil d'État sur la base de lois spéciales, seront jugées par les organes judiciaires *d'après les règles ordinaires.* »

3^o Sur les textes du code pénal qui interdisent aux juges d'administrer mais non de connaître des litiges administratifs.

Le code pénal avait été promulgué en 1864. On y trouve les seuls textes commentant la séparation des pouvoirs sous le titre « Dépassement d'attributions de la part des autorités administratives et judiciaires ». Ce sont les articles 108 à 111 copiés en partie d'après les articles 127 à 131 du code pénal français. Ils punissent les juges qui, en dépassant leur compétence, arrêteraient les ordres émanés de l'administration (art. 108, 2^o) ou qui, dépassant leurs attributions, statueraient sur les matières laissées par les lois à l'autorité administrative (art. 109) ; et les administrateurs qui, par des ordres illégaux, auront arrêté l'exécution des décisions judiciaires (art. 110) ou qui, dépassant leurs attributions, se seront immiscés dans les matières attribuées par les lois à l'autorité judiciaire.

Ainsi, même pendant l'existence du conseil d'État, les tribunaux ordinaires jugeaient les litiges administratifs. Aucune interdiction de principe ne leur enlevait cette sorte d'affaire puisque, comme on a vu, les seuls litiges soustraits à la compétence judiciaire étaient ceux expressément prévus par les lois spéciales. Le caractère administratif du procès ne fondait pas seul la compétence administrative.

Déjà en 1863 la cour de cassation jugeait : « D'après les principes généraux du droit commun, appuyés sur

de hautes considérations d'ordre public, toutes les réclamations pour l'existence de droits des particuliers et toutes les contestations fondées sur ces droits, sont de l'attribution de l'ordre judiciaire. »

« Ceci étant la règle, et toutes les fois que, pour certaines considérations, des exceptions sont établies à cet égard par certaines lois, ces lois, étant exceptionnelles, sont d'interprétation stricte et limitée aux cas prévus expressément, et non susceptible d'être étendue par analogie » (*Bulletin de la Cour de Cassation*, 1863, p. 22; répertoire Barozzi, I, V^o Cont. adm., n^o 5).

A *fortiori* sous le régime de la constitution aucune controverse n'existe à ce sujet. Les articles 92 et 93 de la constitution belge¹ n'ont pas été reproduits. Tous les droits sans exception fondent donc la compétence du pouvoir judiciaire. A l'effet d'établir si les justiciables possèdent les droits dont ils se réclament, le pouvoir de juridiction des tribunaux n'est pas arrêté par le caractère administratif de l'acte ou de l'opération qui y portent atteinte.

§ 4. — CETTE CONCEPTION DE LA SÉPARATION N'A PLUS CHANGÉ. — TRAITS CARACTÉRISTIQUES DU SYSTÈME

Cette conception de la séparation des pouvoirs n'a pas changé. Une première fois en 1884 l'ancien article 131 (devenu 130 en 1879), qui supprimait le conseil d'État fut ainsi modifié : « Le conseil d'État avec attributions de contentieux administratif ne peut être rétabli ». Et la constitution 1923, article 107, premier alinéa : « des autorités spéciales d'aucune sorte, avec attributions de contentieux administratif, ne peuvent être

1. Art. 92 : « Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux. » Art. 93 : « Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi. »

établies. Le contentieux administratif est de la compétence du pouvoir judiciaire suivant la loi spéciale ».

Nous verrons au chapitre suivant sur l'évolution du contentieux administratif, quel est le sens exact de cette disposition. Il suffit de remarquer ici le soin que prend le législateur constituant d'interdire toute limitation de la compétence judiciaire au législateur ordinaire.

Quels sont les pouvoirs du juge à l'égard de l'administration dans ce système ? Nous avons vu que le principe de séparation, et la physionomie de chaque pouvoir, trouve sa précision dans le fonctionnement pratique de l'organisation constitutionnelle. Elle sera exposée dans la deuxième partie.

1. Dès maintenant on peut remarquer qu'avec le régime administratif instituant l'action administrative indépendante et préalable, par décision exécutoire, tel qu'il fonctionne en Roumanie, l'administration garde devant le juge une situation juridique exorbitante du droit commun. Les pouvoirs du juge à son égard seront définis d'un côté par le respect de cette situation spéciale, d'un autre côté par la mission de protection des droits subjectifs.

Si, d'une façon générale, ce qui est interdit aux tribunaux est de s'immiscer dans l'administration, la limite à partir de laquelle leur décision est entachée d'immixtion n'est pas facile à définir. Car la décision de justice, même limitée au cas concret, peut comporter des appréciations de l'activité administrative qui, formant jurisprudence, auront des répercussions sur l'activité future de l'administration. A part cela, un acte administratif, même simplement écarté dans l'espèce, est souvent par là même totalement annihilé, si cet acte est un acte particulier visant seulement le cas en litige.

Ainsi la compétence judiciaire se pose à l'égard de l'administration autrement qu'à l'égard des particu-

liers. Car, si sa mission d'établir et de garantir les droits subjectifs est la même¹, ses pouvoirs accessoires de contrôler la légalité, d'apprécier les faits et la responsabilité qui en découle, d'ordonner la réparation qui s'impose — pouvoirs qui constituent le moyen de réaliser cette mission — diffèrent lorsqu'ils s'appliquent à l'administration.

2. De ces difficultés naît une tendance vers une détermination légale plus précise du juge, toutes les fois que des situations spéciales au droit public dominant le litige. Le contrôle juridictionnel ne pouvant fixer des directives à l'administration comme pourrait le faire la justice administrative, le système tend vers une réglementation légale plus serrée.

La conséquence en est très importante : c'est la perte — en partie — du bénéfice de l'élaboration jurisprudentielle du droit administratif.

3. D'un autre côté, le juge ordinaire ne pouvant intervenir s'il n'y a pas atteinte à un droit, reste sans sanction juridictionnelle toute la réglementation objective qui ne fonde pas des droits.

Mais dans un état de droit, toute règle juridique doit avoir une sanction. De là est née une tendance à créer des juridictions possédant une compétence technique administrative et des pouvoirs plus étendus que ceux des tribunaux judiciaires.

Le problème de la mise en accord de ces juridictions avec le système général de la justice exclusivement judiciaire, fut assez difficile à résoudre. Finalement, la jurisprudence a créé un système qui concilie les juridictions à personnel administratif ou mixte, avec la règle d'un ordre unique de juridictions. Ce système consiste, comme on verra, à réaliser cet ordre unique de juridic-

1. Cas. I, 15 juin 1905, P. R. 1905, p. 453 : « ... Quand l'acte du pouvoir adm. atteint un droit acquis, les réclamations des parties lésées sont, d'après le droit commun, de la compétence des juridictions judiciaires ordinaires.

tions par l'appel ou le recours aux tribunaux ordinaires. Ceux-ci n'auront plus qu'à examiner la régularité de la décision appelée qui est soumise à une certaine réglementation par la loi organique qui établit la juridiction. Tout ce qui est élément de fond de la décision échappe à ce contrôle et réalise ainsi, au premier degré de juridiction, une compétence administrative souveraine sur la question de fait (et sur tout ce qui est appréciation, évaluation, etc...).

Cette juridiction administrative *sui generis* apparaît donc comme la conséquence, d'un côté de la conception qui voit dans le pouvoir judiciaire seulement le protecteur des droits subjectifs, d'un autre côté de la nécessité de soumettre l'administration au droit objectif.

On est ainsi parvenu à garantir, sous le contrôle suprême de la cour de cassation, dans certaines matières ¹, l'ordre légal objectif ; dans d'autres ², une compétence technique et un juge spécial qui peut entrer plus avant que le juge judiciaire dans le contrôle des opérations administratives et des faits d'exécution. Et cela tout en laissant aux tribunaux judiciaires ordinaires et surtout à la cour de cassation, le pouvoir exclusif de fixer le sens des lois et de dire le droit ³.

1. Les actes des administrations départementales et communales.

2. Différentes opérations administratives nommées : douanes, contributions, pensions, hygiène, etc...

3. Ce système se rapproche singulièrement de celui que préconise M. JACQUELIN (*Cours cité*, p. 33) pour concilier l'existence des juridictions administratives avec l'unité nécessaire du pouvoir judiciaire. Cette unité est sauvegardée par le contrôle supérieur *en droit* exercé sur toute décision juridictionnelle par le recours en cassation.

CHAPITRE III

ÉVOLUTION HISTORIQUE DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DANS LE SYSTÈME ROUMAIN DE SÉPARATION DES POUVOIRS

§ 1. — PREMIÈRE PÉRIODE : DE 1866 A 1905

Nous avons vu que tous les conflits suscités entre l'administration et les particuliers, et fondés sur l'atteinte portée à un droit, sont de la compétence du pouvoir judiciaire. Et que ces conflits ne peuvent se résoudre, d'après les règles ordinaires, qu'en dommages-intérêts car l'administration jouit de la procédure d'action d'office. Les tribunaux judiciaires ne peuvent annuler les actes administratifs, même s'ils ne sont pas encore consommés, ni donner des ordres à l'administration.

I. — *La distinction des actes d'autorité et des actes de gestion.*

Quelle est la compétence judiciaire sur les litiges administratifs à cette époque ?

Dans l'activité administrative de l'État on a toujours distingué, en Roumanie, celle de gestion et celle d'autorité.

Cette distinction s'imposait de toute nécessité, car l'administration n'exerce pas seulement l'autorité — la puissance publique — par des décisions exécutoires, mais entre aussi en commerce juridique bilatéral avec les particuliers. Que ce commerce juridique soit semblable au commerce privé et réglé par le droit commun,

ou qu'il soit au contraire administratif et réglé par des lois spéciales, il fallait absolument soumettre les litiges nés de ce commerce aux tribunaux. Car l'administration, tout comme les particuliers, a besoin de la confiance du public, sans quoi personne ne voudrait plus contracter avec elle.

Cette nécessité trouvait un fondement théorique dans la doctrine du droit administratif français, encore très attachée à cette époque à la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion. Elle a été surtout soutenue par M. H. BERTHÉLEMY, E. LAFERRIÈRE, et les auteurs plus anciens.

Le critérium était assez flou, comme il est toujours resté dès qu'il s'agit de l'appliquer pratiquement ; car la distinction, établie pour fonder la frontière de la justice administrative et de la justice ordinaire¹, ne saisit pas le vrai critérium de cette séparation. Le fondement de la compétence administrative tient à ce qu'il y a d'exorbitant du droit commun dans l'activité administrative ; et une simple étiquette ne peut remplacer la recherche du caractère spécifiquement administratif de l'acte ou de l'opération considérés. Aujourd'hui cette distinction est considérée comme inutile et abandonnée en France par la majorité des auteurs. Sans essayer de préciser le critérium en Roumanie à cette époque et sans étudier ici la jurisprudence sur cette question, il suffit, pour fixer les idées, de savoir que les actes de gestion étaient généralement contractuels, tandis que les actes d'autorité étaient unilatéraux. Pour ce qui est des faits d'exécution, s'ils se reliaient à un acte de gestion ils constituaient une action complexe et le juge pouvait en connaître et même obliger l'administration

1. BERTHÉLEMY. *Droit adm.*, 1930, p. 1088 : « En résumé, aux tribunaux administratifs appartient nécessairement la compétence pour juger les litiges occasionnés par les actes d'autorité. Aux tribunaux judiciaires devrait appartenir la compétence pour connaître des actes de gestion. »

à faire, à réparer, à modifier cette opération. Ceux reliés à un acte d'autorité, ne donnaient lieu qu'à dédommagements pécuniaires.

Remarquons que cette distinction, fondée sur le caractère de commandement des actes d'autorité, n'avait pas pour but, en Roumanie, de fonder une séparation des compétences entre deux ordres de juridictions ; son but n'était pas d'empêcher les tribunaux de connaître des actes administratifs d'autorité, mais de les empêcher simplement d'annuler ces actes. La différence se ramenait à cela que, pour les actes de gestion, la justice examinait au fond le commerce juridique qu'ils représentaient, car les droits des particuliers déduits en l'instance *se fondaient, dans ce cas, sur ce commerce juridique même* et le juge ne pouvait les établir sans se prononcer sur l'opération de gestion. — Tandis que les actes d'autorité illégaux que les tribunaux avaient à examiner par l'exception d'illégalité, *lésaient des droits existant antérieurement*. Établir quels étaient ces droits constituait une opération juridictionnelle distincte.

Dans l'un et dans l'autre cas, ce n'était pas la compétence *de juge* des tribunaux ordinaires à l'égard d'un acte administratif, qui était en jeu ; mais le pouvoir de déduire d'une constatation faite avec compétence, la solution logique : la nullité de l'acte.

Nous verrons que notre système législatif s'est acheminé vers ce système logique. La difficulté était le moyen qui permettrait aux tribunaux de prononcer cette annulation sans faire figure de supérieurs donnant des ordres à l'administration.

Le principe du contentieux de l'annulation des actes administratifs d'autorité prononcée par le judiciaire, était déjà contenu en puissance dans la conception fondamentale de la constitution roumaine : la mission du judiciaire de protéger les droits légaux des particuliers, et la compétence exclusive de déterminer ces droits. Du moment que cette compétence exclusive était recon-

nue aux tribunaux judiciaires, même à l'égard de l'administration dès cette première période, le reste n'était plus qu'une question d'organisation technique pour rendre cette protection efficace.

— La cour de cassation n'a jamais hésité de comprendre ainsi la compétence judiciaire : « ... en l'absence d'une disposition précise et formelle de la loi, il faut que la partie lésée ait le droit de recourir à la justice et de demander la réparation de la mesure abusive de l'administration ; que pour cela il est à prouver que l'autorité administrative n'avait pas le droit ou qu'elle a ordonné abusivement la mesure..., ... Qu'autrement l'appréciation de l'administration supérieure, qui se traduirait par un acte arbitraire ou abusif, ne trouverait aucune limite, aucun frein, et les lois positives n'organisant pas de moyen de demander la rétractation ou l'annulation de l'acte abusif, il faut, dans l'esprit de nos lois, reconnaître aux parties le droit de s'adresser à la justice ordinaire pour, par la voie plus lente de la justice ordinaire, obtenir la réparation du tort et la déclaration que l'acte administratif est illégal » (Rép., Barozzi, verbo Comp., II, 322). — Cas. I, 15 juin 1905, P. R. 1905, p. 453 : « ... quand l'acte du pouvoir administratif viole un droit acquis, les réclamations des personnes lésées sont, conformément au droit commun, de la compétence des tribunaux judiciaires ordinaires. »

C'est pourquoi — et nous le signalons dès à présent — le contentieux de l'annulation ne sera jamais, en Roumanie, un contrôle objectif de l'administration comme on l'a à tort soutenu. Mais bien une juridiction *subjective*, dont le fondement reste ce qui est toujours le fondement de tout véritable recours *contentieux* : l'atteinte à un droit.

Ce qui a prêté à confusion, c'est la conséquence d'ordre objectif de cette protection des droits poussés jusqu'au bout : l'annulation de l'acte. Elle tient au caractère spécial des actes juridiques du droit public.

— Finalement, en annulant les actes administratifs illégaux qui lèsent des droits légalement garantis, le pouvoir judiciaire s'avance moins dans le domaine de l'administration qu'en condamnant l'administration à une indemnité pour faute dans l'activité des services publics. Sa mission d'apprécier la légalité — même s'il annule — empiète moins sur le domaine administratif que l'appréciation de la responsabilité, car cette mission est plus exactement déterminée par la loi. Au fond, c'est alors la seule autorité de la loi qu'il applique à l'administration.

II. — *L'exception d'illégalité.*

Nous allons voir comment cette évolution s'est réalisée à partir de la réforme de 1905. Pour l'instant il est nécessaire de mieux marquer l'origine du système roumain. Nous avons dit plus haut que celui-ci existait en puissance dès 1866. C'est qu'en effet il est tout entier contenu dans l'exception d'illégalité. Celle-ci a fonctionné dès l'origine de façon différente qu'en France.

En France, dès 1810, la Cour de cassation sur réquisitoire de MERLIN, admet la distinction entre les actes particuliers et les règlements, du point de vue de la compétence du juge, d'en apprécier la légalité ¹. Les règlements participent du caractère de la loi puisqu'ils décident par dispositions générales ; ils forment avec celle-ci le « bloc de la légalité ». Écarter l'acte général, en refuser l'application à une espèce déterminée, n'est pas le rendre sans effet, car l'acte subsiste et pourra s'appliquer en dehors du cas jugé. Tandis que pour l'acte particulier, en écarter l'application par l'exception d'illégalité, c'est le priver de toute efficacité. « Le juge... non seulement « troublerait » l'opération, mais en neutra-

1. Cf. Achille MESTRE. Recherches sur l'exception d'illégalité. *Revista de drept public*, 1929, p. 5-31.

liserait l'effet¹ ». Le juge en refusant d'*aider* un règlement illégal, « statue non seulement sur une matière administrative, mais sur sa propre compétence ».

L'insuffisance de ce système « se complète heureusement avec le recours pour excès de pouvoir ». On a donc pu s'en contenter à cause de l'existence de la justice administrative. Au fond, l'exception d'illégalité n'a pas tant eu à fournir une protection contre l'administration, que supprimer les difficultés très sérieuses que le système de renvoi à la justice administrative pour interprétation du sens et appréciation de la validité, aurait apporté à la compétence judiciaire sur l'application des règlements administratifs. Cette distinction très rigide entre la police, auteur du règlement, et le juge appelé à l'appliquer était critiquée déjà avant 1810 (HENRION DE PANSEY).

Donc, en France, l'article 471, 15^o code pénal, n'a aucun caractère exceptionnel ; il ne fait qu'appliquer expressément le principe que la mission même du juge commande : le pouvoir de refuser, pour cause d'illégalité, la sanction judiciaire aux actes administratifs généraux.

Cette théorie, qui fonde l'exception d'illégalité sur le caractère législatif du règlement², n'est pas à la base du système roumain. Dès le début l'exception fut admise aussi bien contre les actes particuliers. Car on n'avait pas en vue la situation du juge à l'égard du règlement, *mais les rapports du droit subjectif atteint et de l'acte administratif quel qu'il soit*. L'administration est limitée par les droits légaux, et la sanction de cette limitation est confiée au judiciaire. De l'acte illégal il n'est pas tenu compte même s'il ne devait trouver plus aucune application.

Au fondement de l'exception tel qu'il est conçu en

1. *Id.*, *cit.*, p. 17.

2. Elle est vivement critiquée par M. JACQUELIN, p. 279 et suivantes du *cours cité*.

France, on peut comparer l'exception d'inconstitutionnalité des lois — telle qu'elle est réglementée par la constitution de 1923, article 103 — mais non l'exception d'illégalité des actes administratifs. Lorsque cette dernière a été expressément prévue par la loi, ce ne fut pas par l'article 385, 9^o du code pénal (pendant du 471, 15^o français) qui n'a rien à voir avec les actes administratifs particuliers, mais par l'article 35 de la loi de 1912¹. Ce texte n'a d'ailleurs fait que consacrer une pratique constante des tribunaux, et tout le monde est d'accord sur ce point. Comme le dit M. le professeur Mestre, « il fallait des raisons bien pressantes pour mettre en échec ce droit des juges. C'est ainsi qu'il est écarté en principe à l'égard des actes particuliers² ». Or, ces raisons étaient en France celles découlant de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'administration. En Roumanie, où la séparation n'a pas cette portée, ces raisons n'existent pas et l'exception d'illégalité a pu se développer normalement et complètement. Cela fait que la réforme inaugurée en 1905, et complétée par des lois successives, n'apporte aucun changement fondamental sur le plan des principes.

III. — *Les contentieux spéciaux.*

Une autre évolution est caractéristique du système constitutionnel roumain et se manifesta dès le début comme une conséquence forcée de ce système : c'est celle qui tend à la création des contentieux spéciaux. L'article 131 de la constitution de 1866 qui supprime le conseil d'État, et la loi du 9 juillet 1866 qui en partage les attributions, sont à l'origine de ces contentieux.

En effet, le conseil d'État n'existant plus, toutes les réclamations gracieuses par nature, mais examinées

1. « Les tribunaux ordinaires ne peuvent se prononcer sur l'illégalité d'un acte administratif d'autorité que par voie d'exception. »

2. *Op. cit.*, p. 29.

dans la forme juridictionnelle, ne trouvent plus aucune espèce de juge. Elles restent de la compétence de l'administration active. C'est l'une des raisons qui poussent le législateur à créer au sein de l'administration, nombre de commissions et de conseils ayant à donner aux administrateurs des avis, souvent conformes, sur certaines matières administratives. C'est une différenciation des organes actifs et des organes délibérants. Il était tout naturel que ce soient dorénavant ces commissions qui examinent les réclamations relatives à ces matières.

De plus, pour tout ce qui était acte d'autorité, les tribunaux étaient incompétents autrement que par la voie de l'exception. Cette incompétence générale des tribunaux de juger les actes d'autorité dans une action principale et de procurer la réformation de ces actes, fit qu'on alla plus loin : même pour les réclamations contentieuses fondées sur des droits, les particuliers étaient parfois obligés par les lois de s'adresser à ces organes administratifs délibérants. Car le besoin se faisait sentir d'une compétence administrative dans le contrôle de certaines opérations nommées. Mais celui de la garantie judiciaire des droits subsistant, contre les décisions de ces commissions un recours était possible devant les tribunaux ordinaires de l'un ou l'autre degré, ou même devant la cour de cassation.

Ces diverses commissions étaient donc de véritables juridictions ¹. Elles n'étaient pas soumises à un régime uniforme ; chaque loi réglant une matière administrative prévoyait l'organe juridictionnel qui connaîtrait

1. Cas. III, déc. 353 de 1909, *Bul.* 1909, p. 2144 : « Les décisions prononcées par les juridictions spéciales établies par certaines lois, jouissent du privilège de la chose jugée, comme toute décision judiciaire ». Cas., ch. réunies, déc. 8 de 1909, *bul.* 1909, p. 585 : « Le pouvoir judiciaire peut être exercé à part les cours et tribunaux, par des juridictions spéciales établies par certaines lois spéciales, et par conséquent les décisions rendues par de telles juridictions dans les formes prescrites par leurs lois organiques, ont le caractère de vraies décisions judiciaires... »

du contentieux. Ainsi en était-il en matière électorale, fiscale, douanière, forestière, de recrutement, de réquisitions, de comptabilité, de contributions directes, de pensions, etc...¹. Les membres de ces juridictions étaient surtout des administrateurs actifs ; quelquefois des magistrats de l'ordre judiciaire en faisaient partie, mais l'esprit administratif dominait toujours nettement.

Comment l'existence de pareilles juridictions pouvait-elle se concilier avec les principes constitutionnels ? Difficilement, et les critiques étaient nombreuses. Cependant aucun texte précis ne s'y opposait formellement. Lors de la révision de la constitution en 1884, on avait proposé pour le nouvel article 130 cette rédaction : « le conseil d'État *et le contentieux administratif* ne pourront être rétablis ». Sur les explications du ministre D. A. Sturdza² l'article fut modifié : « Le conseil d'État avec attributions de contentieux administratif ne pourra être rétabli ». Ainsi le texte de la constitution était mis d'accord avec les lois spéciales.

Plus même, dans certaines matières (recrutement, voirie, réquisitions...) le recours aux tribunaux ordinaires contre la décision des juridictions spéciales n'était pas prévu. On pouvait donc parler d'un contentieux administratif par détermination de la loi, car les textes constitutionnels étaient suffisamment vagues³. Le sa-

1. Cf. P. NEGULESCO, *L'organisation adm. roumaine. Revista de drept public*, 1926, p. 181. M. VARARU, *Contenciosul anularii si reformarii*, Bucarest, 1933, p. 82.

2. « ...mais le contentieux qui existe et doit exister en dehors du conseil d'État, celui-là ne peut être supprimé tout d'un coup par la constitution, car le contentieux administratif existe au ministère des Finances pour les contraventions au monopole des tabacs..., au ministère de la Guerre (en matière de recrutement et de réquisitions), etc... » (Séance du Sénat du 30 mars 1884, *Débats parlem.*, 1883-1884, p. 1946.)

3. Notamment le recours en cassation n'était pas encore d'ordre constitutionnel comme il l'est aujourd'hui ; et une loi était suffisante pour établir une juridiction. Mais si les textes étaient élastiques, les principes étaient gravement atteints.

vant jurisconsulte Al. DEGRÉ, écrivait en 1898¹ : « Nous ne sommes pas entrés avec la suppression du conseil d'État dans l'âge d'or de la toute-puissance des tribunaux ordinaires..., mais nous sommes tombés dans un chaos plus grand encore, nous avons laissé l'administration sans contrôle, nous avons écarté la vigilance du conseil d'État, et nous n'avons rien mis à la place. » Force était donc de créer des contentieux d'attribution dans les matières où la simple action en dommages devant les tribunaux ordinaires était manifestement insuffisante. Ces matières n'étaient pas *de gestion* (au sens contractuel) ; elles étaient réglées par des actes d'autorité. D'un côté elles ne pouvaient être déférées par voie principale aux tribunaux ordinaires, d'un autre côté elles ne pouvaient rester sans juge.

Ainsi le système de la compétence juridictionnelle unique des tribunaux judiciaires, qui était celui de la constitution, n'a pu fonctionner en fait sans donner lieu à des critiques sérieuses et sans présenter des contradictions de principe.

1° Aucune protection efficace contre les actes d'autorité. Les dommages compensatoires ne rétablissaient pas les particuliers dans leurs droits.

2° Pour les matières où des recours directs étaient ouverts contre de tels actes devant des juridictions spéciales, le contrôle judiciaire de ces décisions était illusoire. Les tribunaux chargés de ce contrôle ne pouvaient que casser les décisions pour *laesio juris* et renvoyer l'affaire devant la commission pour être jugée à nouveau. La commission savait toujours maintenir son point de vue sur le fond du litige².

Toutes ces difficultés ont ouvert la voie à la réforme de 1905.

1. *Dreptul*, 1898, p. 549.

2. Cf. dans ce sens Al. DEGRÉ. *Dreptul*, 1899, p. 625 ; VARARO. *Op. cit.*, p. 117.

§ 2. — DEUXIÈME PÉRIODE : DE 1905 A 1923

I. — *La loi de 1905.*

Cette réforme consista à ouvrir un recours direct contre les actes administratifs d'autorité. Ce recours était porté devant la troisième chambre de la Cour de cassation, nouvellement établie. Elle est réalisée par la loi du 1^{er} juillet 1905 modifiant la loi organique de la Cour de cassation.

On remarque une certaine hésitation chez le législateur de 1905, due probablement à l'opposition politique très vive que le projet suscita ; il apparaissait avec un caractère de grande nouveauté et on craignait que le gouvernement ne fût désormais subordonné au pouvoir judiciaire. L'article 4, § III, *h*¹ excepte formellement les actes du gouvernement, mais sans les définir. De plus, l'article 33 *a* déclare, par un surcroît de scrupule d'ailleurs inutile, que les ministres et le conseil des ministres restent compétents sur les appels et recours que la loi laisse à leur compétence².

La compétence de la cour était de deux sortes, suivant l'acte attaqué :

1^o Une compétence de connaître des recours formés « contre les règlements et arrêtés faits en violation des lois par le pouvoir central, départemental, communal ou par d'autres autorités publiques » (art. 4, § III, *h*). Ces recours seront reçus pour excès de pouvoir, incompétence, dénaturation des actes, violation de la loi et des règlements, et seulement si l'acte incriminé viole un

1. Nous citons d'après la rédaction officielle de 1907, où la loi modificatrice est fondue dans le texte resté en vigueur : HAMANGIU, *Codul general*, vol. II, 1907, p. 14.

2. Ce texte vise à côté de la compétence ordinaire des chefs hiérarchiques et des affaires du pouvoir discrétionnaire de l'administration, les cas exceptionnels où les juridictions spéciales n'étaient soumises à aucun contrôle judiciaire.

droit de requérant (art. 34, 7). La cour ne peut que déclarer « sans force » l'acte administratif.

2° Une compétence d'attribution de juger les recours formés contre un nombre restreint d'actes limitativement déterminés¹ par lesquels serait violé un droit patrimonial, et contre le refus de résoudre une demande relative à un tel droit (art. 4, § III, j). Ce recours peut être motivé aussi, à la différence de l'autre, sur l'erreur dans l'appréciation des faits (34, 7 *in fine*). — Si la cour admet le recours elle décide que l'autorité compétente devra satisfaire à la demande, elle ne refait pas l'acte elle-même. « Au cas de la lettre j, si le recours est admis, la cour établit qu'à la suite de circonstances de fait, l'acte, pour être légal, doit être fait dans tel ou tel sens². » « Le requérant est en droit de poursuivre la demande en dommages devant les tribunaux ordinaires » (art. 35). Ainsi, dans ce cas — et c'est la raison de la limitation stricte des actes de cette catégorie — le contrôle pouvait se fonder sur les faits comme dans un contentieux ordinaire de pleine juridiction. C'est une des critiques justifiées qu'on adressa au système, ce pouvoir d'un organe judiciaire sur les actes administratifs d'autorité.

Mais la disposition la plus caractéristique est celle de l'article 62 : « Les décisions de la Cour de cassation au cas de l'article 4, § III, ont, elles aussi, un effet limité aux parties en cause. » Ainsi la sanction de cette compétence générale *n'était pas l'annulation*, mais la déclaration que l'acte était « sans force » à l'égard du requérant. Les administrateurs qui ne tiendraient pas compte de la décision de la cour seront personnellement responsables des dommages envers la partie lésée (art. 62).

Donc, dans tous les cas la cour censurait les actes administratifs en vue des droits du plaignant, car l'acte

1. Ces actes sont peu importants et presque tous des arrêtés communaux, en matière d'hygiène, de santé publique...

2. Discours de M. Paul Negulesco, rapporteur du projet, dans la séance de la Chambre du 13 mai 1905.

restait valable pour tous excepté pour lui. La cour ne prononçait pas l'annulation de l'acte mais, d'une façon indirecte, cet acte n'était cependant plus applicable au requérant. L'administration pouvait prendre les mesures que bon lui semblait : retirer elle-même son acte, ou n'en pas faire état vis-à-vis du requérant.

Les libéraux, hostiles à la loi, critiquaient l'institution comme contrevenant à la séparation des pouvoirs et à l'article 130 de la constitution.

Il est inutile d'insister sur le mal fondé de ces critiques. Le rôle de la cour était parfaitement d'accord avec la mission judiciaire telle qu'elle est consacrée par l'esprit de la constitution, sauf cependant pour la compétence d'attribution. Quant à l'article 130 de la constitution, il interdisait le conseil d'État et non cette compétence judiciaire de la Cour de cassation.

L'innovation consistait en ce qu'on pouvait désormais déférer à la justice les actes d'autorité par voie d'action. Mais le but restait la reconnaissance et la protection des droits subjectifs.

II. — *La loi de 1912.*

En 1910 — les libéraux ayant le pouvoir — la loi de 1905 est abrogée et on revient au système antérieur à cette date. Pas pour longtemps, car le parti conservateur, auteur de la première loi, institua à nouveau le « contentieux administratif », mais cette fois d'une façon un peu différente ; cette nouvelle réforme est contenue dans la loi sur la Cour de cassation du 17 février 1912.

— L'argument qu'on faisait valoir contre le principe même des réformes de 1905 et de 1912, était que l'acte administratif doit être mis sur le même plan que la décision judiciaire ; dès lors, par le contrôle judiciaire de ses actes, le pouvoir exécutif est subordonné au pouvoir judiciaire (HAMANGIU et autres, Loi du contentieux

administratif commentée, Buc. 1930, art. 1, n° 244). M. G. CANTACUZÈNE, dans l'exposé des motifs de la loi de 1912, édition officielle, page. 60, explique le point de vue de la nouvelle réforme : « le principe de la séparation des pouvoirs ainsi posé est faux, car il vise seulement l'exécution des fonctions attribuées à chaque pouvoir, mais non la solution des conflits qui pourraient naître avec les particuliers relativement à l'exercice de ces fonctions ». Ce point de vue est la clef de voûte du système roumain : toute violation d'un droit appelle un contrôle judiciaire.

Mais cette conception du principe laisse ouvert le problème de savoir jusqu'où iront les tribunaux dans ce contrôle. L'institution du recours direct contre les actes d'autorité ne résout qu'une face de ce problème.

Les principes nouveaux de cette réforme étaient les suivants :

1. Il n'existait plus, pour la Cour de cassation, de compétence d'attribution de juger certains actes administratifs. L'article 5, § III, *f* employait une formule générale : elle ouvre un recours devant la troisième chambre de la Cour de cassation à tous ceux qui se prétendent lésés dans leurs droits par un acte administratif d'autorité¹ pris en violation de la loi. Le recours est pareillement admis contre le refus des autorités administratives de résoudre une demande relative à un droit.

Sont exceptés les actes de gouvernement. Ceux-ci ne sont pas définis ; l'énumération que fait le texte est seulement énonciative².

2. « La Cour de cassation en admettant le recours contre un acte administratif d'autorité n'annule pas

1. Pour la première fois cette terminologie est consacrée par le législateur.

2. Le texte soustrait également au recours les actes de tutelle adm. et de contrôle hiérarchique. Nous verrons, à propos de la loi de 1925, que cette disposition est inutile. Et les actes des autorités militaires, sauf les décrets de mise à la retraite et seulement pour le *quantum* de la pension.

cet acte, elle décide seulement que l'acte est illégal à l'égard du requérant et invite l'autorité administrative à satisfaire à la demande, à retirer ou à modifier l'acte » (art. 63, al. 5). Cette disposition voulait désarmer la critique, et accorder l'institution avec la séparation des pouvoirs. En effet la justice n'annulait pas l'acte elle-même. Mais qu'était au juste cette invitation faite à l'administration sinon un véritable ordre d'avoir à retirer son acte ou à le modifier ? Au surplus le même article continue par établir (sixième alinéa) la possibilité des dommages comminatoires applicables à l'administration pour chaque jour de retard dans l'exécution de la décision à l'expiration d'un délai de trente jours à partir de la signification de la décision.

3. La loi déclarait le recours contentieux totalement indépendant du recours hiérarchique (art. 31, a). Elle confirmait, tout comme la loi de 1905, la compétence administrative sur les affaires laissées par les lois à sa connaissance.

4. Les dommages-intérêts pouvaient être demandés par une action spéciale portée devant la cour d'appel de la circonscription où l'acte était accompli, qui statuait d'urgence (art. 33, 6^e al.). Les tribunaux ordinaires restaient expressément compétents de juger l'illégalité des actes administratifs d'autorité par voie d'exception (art. 35 *in fine*).

Il n'était donc apporté aucune modification au droit des tribunaux de juger l'action en dommages d'après les règles ordinaires. La compétence de la Cour d'appel constituait seulement un moyen plus rapide de dédommagement au cas de recours direct devant la Cour de cassation ; elle épargnait au demandeur les lenteurs de la justice ordinaire ¹.

1. Cass. I, 25 mai 1925, *Jurisp. gen.*, 1925, p. 929 : « Le droit accordé à la partie lésée par un acte administratif d'autorité, de demander à la Cour de cassation de l'écarter conformément à l'article 5, § III, f, et, après admission de ce recours, le droit de demander des dommages

5° Tout comme en 1905, l'article 63 prévoyait expressément que « les décisions de la Cour de cassation en matière administrative ont, elles aussi, des effets limités aux parties en cause ».

Ainsi, sauf quelques modifications d'ordre surtout technique, il n'est pas juste de voir dans la loi de 1912 un changement fondamental par rapport à celle de 1905.

D'un côté on restait dans la ligne traditionnelle de la mission du pouvoir judiciaire quant aux droits atteints. D'un autre côté, on essayait, tout comme dans la tentative précédente, de rendre cette protection — la seule qui fût d'ordre juridictionnel, en Roumanie — efficace, par un rétablissement des droits et non plus par une simple réparation compensatoire.

Les critiques d'inconstitutionnalité de cette loi ont peu à peu faibli devant les excellents résultats qu'elle donna en pratique. Cependant sur le terrain des principes une hésitation persistait ; il était nécessaire de consacrer par un texte constitutionnel une institution qui exprimait la base même des rapports de deux pouvoirs de l'État.

§ 3. — TROISIÈME PÉRIODE :

APRÈS LA CONSTITUTION DE 1923

Le besoin d'une révision des principes et d'une réorganisation de l'État se fit sentir après la Grande Guerre et se réalisa dans la nouvelle constitution. La question du contentieux administratif en fut une des principales préoccupations.

pour le préjudice souffert, est une voie légale de plus mise à la disposition des parties... L'existence de ce droit n'enlève pas celui de s'adresser directement aux tribunaux de droit commun pour obtenir par cette voie les dédommagements pour le tort causé par un acte administratif d'autorité. »

Dans le même sens : Cas. III, 2 mars 1920, P. R. 1922, III, 159. Cas. I, 10 décembre 1920, P. R. 1922, I, 14 ; trib. Chisinau, 17 septembre 1921, P. R. 1922, II, 246.

Nous allons exposer brièvement les principes dominants du système actuel, car une étude plus approfondie en sera faite à propos des diverses voies de justice que le droit roumain ménage aux litiges administratifs. Ici nous aimerions marquer la continuité parfaite de toute cette évolution qui, pour ainsi dire s'épanouit dans les textes actuels.

Dans la matière qui nous occupe, la constitution du 29 mars 1923 proclame les principes suivants :

1. Article 107, premier alinéa : « Des autorités spéciales d'aucune sorte, avec attribution de contentieux administratif, ne peuvent être établies. » Ainsi, malgré l'exemple de maintes constitutions d'après-guerre qui adoptent la justice administrative ¹, la constitution roumaine a préféré rester dans la ligne traditionnelle de notre organisation étatique : « le contentieux administratif est du ressort du pouvoir judiciaire, suivant les dispositions de la loi spéciale » (2^e al.).

2. En même temps elle modifie l'ancien article 36 par l'actuel 40 : « Le pouvoir judiciaire s'exerce par ses organes » et non plus par les *cours et tribunaux*. Et l'article 101 : « Aucune juridiction ne peut être établie qu'en vertu d'une loi. » Par ces dispositions, tout organe juridictionnel va faire partie du pouvoir judiciaire. L'unité de ce pouvoir est assurée par l'article 103, dernier alinéa : « Le droit de recours en cassation est d'ordre constitutionnel. » Par là se trouve précisée la physionomie du pouvoir judiciaire.

— Cependant la cour de cassation n'est pas la seule juridiction de cassation. Elle a seulement une compétence de droit commun à cet égard, mais la loi peut confier à d'autres juridictions des attributions de cassation. Ceci résulte des débats parlementaires (Gr. RACOVICIANO, *La constitution roumaine annotée*, 1935, p. 40) et de la rédaction même du texte roumain qui vise le

1. Cf. VARARO. *Op. cit.*, p. 137.

recours en cassation en général, non le recours devant la Cour de cassation. Ceci parce que toutes les juridictions ordinaires — tribunaux et Cours d'appel — avaient des attributions de cassation en certaines matières. Cette interprétation consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation à maintes reprises est très critiquée (Cf. NEGULESCO, *Droit adm.*, 1925, p. 182 et s. et *Revista de drept public*, 1926, p. 345). — Ce qui est pis c'est qu'à cause de ces particularités du texte roumain, même des organes administratifs (formés de magistrats et d'administrateurs) ont eu parfois des attributions de cassation (en matière d'administration locale jusqu'en 1929 ; et en matière agraire). Ces attributions soustrayaient totalement certaines juridictions spéciales au contrôle judiciaire. Elles sont critiquables et contreviennent certainement aux principes constitutionnels quoique ne violant aucun texte. Aujourd'hui ces juridictions ont disparu. Elles avaient été créées pendant la période trouble de l'après-guerre, lorsque tout était remis en question, et alors que des situations exceptionnelles, comme l'*expropriation*, appelaient un régime juridique exceptionnel.

3. La constitutionnalité des lois est jugée par la Cour de cassation, toutes Chambres réunies (art. 103) ; l'effet du jugement est limité au cas jugé.

4. Il est expressément établi que les organes judiciaires saisis d'une demande fondée sur un droit atteint par un acte administratif de gestion ou d'autorité illégal, aussi bien que sur la mauvaise volonté des autorités administratives de résoudre une demande fondée sur un droit, jugent si l'acte est illégal, *peuvent* l'annuler ou prononcer des dommages comminatoires jusqu'au rétablissement de droit atteint (art. 107, al. 3 et 4).

Les organes judiciaires ont aussi la compétence de juger la demande en dommages-intérêts, aussi bien contre l'autorité administrative appelée en justice que contre le fonctionnaire fautif.

Sont exceptés de la compétence du pouvoir judiciaire les actes de gouvernement et les actes de commandement militaire.

On voit que ces dispositions apportent une solution constitutionnelle aux controverses relatives à l'institution du recours direct contre les actes administratifs. C'est un texte de principe ; l'article 135 maintient en vigueur la loi de 1912 jusqu'à ce qu'une loi spéciale sur le contentieux administratif applique les nouveaux principes constitutionnels.

Sur ces principes vont s'établir les contentieux suivants :

- a) Le contentieux de l'annulation (loi de 1925) ;
- b) Le contentieux de droit commun ;
- c) Les contentieux spéciaux.

I. — *Le contentieux de l'annulation.*

Les principes constitutionnels trouvent leur application dans la loi du 23 décembre 1925 « pour le contentieux administratif ».

1. Cette loi, fondée sur l'article 107 de la constitution qui consacre la distinction des actes de gestion et des actes d'autorité, soumet ces deux catégories d'actes à deux régimes juridictionnels différents, continuant en cela la tradition des lois antérieures. Les actes de gestion restent de la compétence des tribunaux ordinaires d'après les règles du droit commun. Seuls les actes d'autorité peuvent être attaqués par un recours direct devant les juridictions de contentieux administratif (art. 1). Celles-ci sont les cours d'appel — investies d'une compétence générale à cet effet — avec recours à la Cour de cassation.

On met ainsi le recours au contentieux administratif ¹

1. Nous faisons remarquer que nous employons désormais le terme *contentieux administratif* au sens des lois roumaines ; il ne comprend pas la totalité des litiges administratifs, mais seulement ceux dont s'occupe la loi de 1925, la voie du cont. admin., c'est le recours que cette loi ouvre.

plus à la portée des justiciables, en multipliant les juridictions compétentes, en même temps qu'on leur assure le bénéfice de deux degrés de juridiction (la Cour de cassation, après admission du recours, évoquant elle-même le fond de l'affaire).

2. Le fondement du recours reste le même qu'auparavant, et l'article 1^{er} a bien soin de le spécifier¹ : c'est l'atteinte au droit du demandeur.

3. Les articles 2 et 3 exceptent les actes de gouvernement, les actes de commandement à caractère militaire, ainsi que quelques autres catégories qu'on verra *infra*.

4. La loi, appliquant l'article 107 de la constitution, permet à la cour saisie de la demande, d'annuler l'acte illégal ; et, jusqu'au rétablissement du droit atteint, de prononcer contre l'administration des dommages comminatoires (art. 6). De plus, la cour peut juger aussi l'action en dommages contre l'administration ou contre les fonctionnaires.

Ainsi, tout comme en 1912, la partie lésée dans ses droits par un acte d'autorité n'est pas obligée, pour les dommages, de reprendre après l'annulation de l'acte la voie de la justice ordinaire. Mieux même, la cour se prononce par le même arrêt sur la reconnaissance du droit du demandeur, sur l'annulation de l'acte ou sur l'obligation de l'administration de le modifier, et sur la demande en dommages (art. 6).

Au cas où l'administration est obligée de satisfaire à la demande (silence de l'administration), de retirer ou de modifier l'acte, l'astreinte est décidée sur simple demande, par journal en chambre du conseil, après expiration des délais.

1. « Quiconque se prétend lésé *dans ses droits* par un acte administratif d'autorité fait en violation des lois et des règlements, ou par la mauvaise volonté des autorités admin. de statuer sur la demande *concernant un droit*, peut s'adresser, pour la reconnaissance de son droit, aux juridictions judiciaires compétentes indiquées ci-après. »

L'innovation est la déclaration de la loi que la cour « peut annuler l'acte ». C'est sur ce mot qu'on a construit toute la théorie du recours objectif en annulation en droit roumain. Nous verrons comment, à notre avis, la majorité de la doctrine s'est trompée sur le caractère de ce recours. Cf. aussi *supra*, p. 95.

II. — *Le contentieux ordinaire.*

Rien n'est changé quant à la compétence des tribunaux judiciaires ordinaires de juger les litiges fondés sur les actes administratifs de gestion.

De même, l'action en dommages, accessoire du contentieux de l'annulation, n'enlève pas la compétence des tribunaux de statuer sur ces dommages. L'exception d'illégalité reste le moyen de droit commun à l'effet d'écarter pour le cas jugé, l'application des actes administratifs d'autorité, au cas où le particulier lésé n'a pas préféré en poursuivre l'annulation devant la juridiction du contentieux.

La rédaction assez obscure de la loi de 1925 fit croire que dorénavant les dommages résultant d'actes d'autorité, ne pourraient plus être poursuivis devant les tribunaux ordinaires. (Dans ce sens C. RARINCESCO, *Contenciosul administrativ, Revista de drept public*, 1926, pp. 231-237.) La jurisprudence a marqué quelque hésitation : trib. Ilfov, 23 oct. 1926, P. R. 1926, III, 153, avait notamment suivi cette opinion, ainsi que Cas. III, 12 déc. 1929, P. S. 1930, p. 465.

Depuis l'arrêt de principe de la Cour de cassation, chambres réunies, du 11 mai 1933 (*Rep. de jurisprudence adm.*, 1933, col. 825) la controverse n'est plus possible : « ... Considérant que le but poursuivi par le législateur, article 6, a été entre autres, de mettre à la disposition de la partie lésée, à côté de l'action en dommages conforme au droit commun — action que le législateur de 1925 n'a pas supprimée — un moyen de

protection plus efficace contre les actes abusifs de l'autorité... » La jurisprudence ultérieure n'a pas varié.

Enfin le contentieux de l'indemnité, fondé sur la responsabilité de l'administration à l'occasion du fonctionnement des services publics, ou sur celle des fonctionnaires — car dans le système roumain ces deux responsabilités se cumulent —, reste, comme toujours auparavant, du ressort des tribunaux ordinaires.

III. — *Les contentieux spéciaux.*

La constitution n'en parle nulle part expressément. Mais de l'ensemble de ses dispositions on peut déduire le régime qu'elle établit à cet égard :

1. Du fait qu'aucun article ne s'y réfère, on peut déduire que la constitution ne les supprime pas et qu'ils continuent d'exister.

Cas. ch. réunies, décrets nos 29 et 30 de 1929, HAMANGIU, *Contentieux annoté*, article 6, n° 20 : « ... le législateur du contentieux n'a fait aucune mention des droits qui avaient déjà une voie de justice ouverte contre l'acte arbitraire, car cela était inutile ; il n'a légiféré que pour les droits auxquels n'était pas ouverte de voie de défense. »

La jurisprudence est constante qui décide que « l'action au contentieux administratif est une voie extraordinaire d'annulation des actes administratifs, qui n'est ouverte qu'alors que la partie lésée par un acte administratif de l'autorité publique n'a pas de possibilité d'obtenir l'annulation de l'acte et le rétablissement dans ses droits par d'autres voies établies par la loi ¹ ».

2. Des alinéas 1 et 2 de l'article 107 il appert que le pouvoir judiciaire est seul compétent pour juger les affaires de contentieux administratif. Cette disposition

1. Dans ce sens : Cas. III, n° 701 de 1923, Hamangiu, art. 6, n° 4 ; Cas. III, 30 mai 1928, P. S. 1928, p. 779 ; Cas. III, 13 janvier 1931 P. S. 1931, p. 353.

est générale ; elle n'est pas limitée à la compétence de droit commun reconnue au pouvoir judiciaire de connaître de l'action directe contre tout acte administratif ; on ne peut donc soutenir qu'il existe des exceptions à ce principe, alors que la constitution ne les relève pas.

3. L'article 101 permet aux législateurs ordinaires d'établir des juridictions. Si cet article ne fonde pas les juridictions spéciales, il en établit du moins la possibilité.

4. L'article 103, en rendant le recours en cassation d'ordre constitutionnel, relie toute juridiction existante au pouvoir judiciaire et donne à celui-ci l'unité.

En présence de ces textes on est fondé à soutenir la parfaite régularité théorique des juridictions établies par des lois spéciales. Elles font partie du pouvoir judiciaire.

M. le professeur NEGULESCO critique sévèrement ces juridictions spéciales¹. Ces critiques, surtout celle sur la *composition* de ces organismes nous semblent très justifiées. Ainsi il ne suffit pas de déclarer qu'un acte fait par des administrateurs est juridictionnel, pour qu'il le devienne. La constitution pose une distinction des deux pouvoirs qui est ignorée par ce fonctionnement *double* d'un même agent.

Cependant, comme le remarque le savant professeur lui-même² contre les décisions de ces juridictions on a le plus souvent la voie de l'appel devant les tribunaux ordinaires et, dans tous les cas, le recours en cassation. Mieux encore, contre les décisions de condamnation la partie lésée dans ses droits « peut se défendre bien plus efficacement par la voie de la *contestation à l'exécution* »³

1. P. NEGULESCO. *Droit adm.*, 1925, pp. 182-187 ; *Droit adm.*, 1934, pp. 377-379 ; Chronique jurisprudentielle, *Revista de drept public*, 1926, pp. 344-8.

2. P. NEGULESCO. L'organisation adm. roumaine, *Revista...*, 1926, p. 182, et *Droit adm.*, 1934, p. 379.

3. P. NEGULESCO. *Droit adm.*, 1925, p. 342.

avec appel au tribunal et recours en cassation¹. Les droits des justiciables restent donc sous la protection judiciaire.

De plus, l'apport des juridictions spéciales consiste en un contrôle qui allie la compétence administrative à une compétence de juge. Ce contrôle peut procurer de grands avantages au droit du particulier, et notamment celui de rétablir le droit lui-même et non seulement de le réparer. On serait mal venu de contester cet avantage. Il faut remarquer que les tribunaux ne pourraient pas procurer ce rétablissement du droit, sinon par la voie indirecte de l'annulation. Mais un contentieux de pleine juridiction sera toujours plus souple et mieux préparé à concilier l'opération administrative avec les droits des particuliers, surtout que ceux-ci résultent de faits qui nécessitent un contrôle au fond. Indépendamment de toute considération sur la réalisation de l'institution en pratique, on ne peut donc méconnaître sa valeur principale.

IV. — *Les comités de révision.*

Enfin — et c'est la quatrième voie de justice existante pour trancher les litiges administratifs —, les lois de 1929 et 1930 avec les modifications ultérieures ouvrent

1. Cas. III, 11 mai 1927, P. R. 1928, III, 4 : « Quand des lois spéciales attribuent à une autorité le droit de constater les contraventions prévues par ces lois et d'y appliquer les sanctions, de telles constatations et applications de peines ne sont pas des actes administratifs d'autorité, mais bien des actes de juridiction qui excèdent la compétence des instances de contentieux administratif ; la seule voie de contrôle judiciaire étant dans ce cas la contestation à l'exécution, conformément à la loi spéciale des poursuites de revenus publics. »

Cas. III, 17 juin 1929, P. R. 1929, III, 129 : « La loi spéciale..., mettant à la disposition de la partie poursuivie contre son droit la voie de la contestation, la partie ne peut recourir en plus au contentieux administratif... »

La loi du 5 mai 1934 pour la perception et la poursuite des revenus publics, art. 49-58, ouvre la voie de la contestation *directement* devant les juridictions judiciaires.

un recours en *annulation* et *réformation* des actes des administrations décentralisées devant des « comités de révision ». Ceux-ci forment un ordre de juridictions unitaire et distinct de l'ordre judiciaire. Ses membres sont recrutés autant dans l'administration que dans la magistrature. La loi les intitule « juridictions administratives ». En effet ils exercent un contrôle objectif sur les actes des administrations locales. Le recours porté devant eux peut être fondé sur un *simple intérêt*. On verra au chapitre iv de la deuxième partie la portée réelle de leurs décisions.

Cependant leur juridiction ne ferme pas aux parties lésées *dans leurs droits* la voie du recours contentieux ordinaire. Ils ne limitent donc en rien la compétence normale du pouvoir judiciaire.

De plus leurs décisions sont soumises, pour les questions de droit, au contrôle suprême de la Cour de cassation.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Après cette étude théorique et historique des rapports susceptibles de s'établir entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, précisons quels sont les caractères actuels de ces rapports en droit roumain.

1. Le pouvoir judiciaire a une compétence générale de droit commun pour juger les litiges contentieux dans lesquels des droits sont invoqués.

Mais l'administration pouvait, avant l'institution du recours direct contre les actes d'autorité, rendre illusoires les droits des particuliers. Évidemment ceux-ci étaient dédommagés — bien qu'assez timidement à cette époque —. Mais les lois garantissent aux particuliers la *jouissance* de certains droits, donc le système est mauvais, qui ne parvient pas à protéger juridictionnellement le contenu même de ces droits. La multiplication des contentieux spéciaux fut un effet de cette

impuissance du contrôle judiciaire. Mais une compétence de droit commun accordée à des commissions d'administrateurs était évidemment contraire à l'esprit de la constitution. Ils restèrent donc cantonnés dans une compétence d'attribution. D'un autre côté les tribunaux possédaient incontestablement le droit d'apprécier la légalité des actes d'autorité. De là à armer ce contrôle non seulement d'une sanction pécuniaire — moyen indirect de contraindre l'administration à l'observation du droit par la crainte de l'indemnité à payer — mais d'un effet direct sur l'acte lui-même, il n'y avait qu'un pas. Ce pas fut franchi avec circonspection par des améliorations successives apportées chaque fois à l'expérience de la pratique antérieure. Mais, encore une fois, ce contrôle ne constitue pas, sur le plan des principes, une rupture avec le passé ¹.

Tous les caractères fondamentaux du système des rapports entre le judiciaire et l'exécutif restent inchangés. Ce contentieux reste « subjectif ». La constitution de 1923 — après les lois antérieures — ne change pas la conception de la séparation des pouvoirs, exprimée par la mission du judiciaire de connaître exclusivement de toutes les affaires contentieuses fondées sur des droits. Le pouvoir d'annuler n'intéresse donc pas le fondement de la compétence du judiciaire, mais seulement l'efficacité de l'intervention du juge, la plénitude de la protection qu'il procure : le juge peut aujourd'hui tirer la conclusion logique de constatations relatives aux actes de l'administration *qu'il pouvait faire aussi précédemment*.

2. Parallèlement à cette compétence de droit commun,

1. Le grand nombre de modifications successives apportées au recours direct contre l'acte administratif, a pu abuser sur cette continuité. Ainsi M. le professeur JACQUELIN, *Cours cité*, p. 172 : « La Roumanie, après avoir essayé d'organiser successivement tous les systèmes connus et pratiqués dans les autres pays, est parvenue à une combinaison... »

— englobant d'un côté le contentieux de l'indemnité et celui des actes de gestion, d'un autre côté le recours direct contre les actes d'autorité — s'est développé le contentieux spécial de certaines opérations nommées ¹. C'est le résultat de l'opposition naturelle entre la mission normale du judiciaire et les conditions dans lesquelles s'exerce la juridiction sur les matières administratives. Sa signification est celle d'un compromis en vue de concilier les deux compétences qu'appellent d'un côté les droits subjectifs et le contrôle de la légalité, d'un autre côté ce contrôle plus souple qui est celui de l'activité administrative elle-même et non plus seulement de ses limites légales.

3. Avec le développement de la sphère d'activité de l'administration se multiplie aussi la réglementation, le droit objectif. Celui-ci s'impose de plus en plus comme une garantie de la liberté par l'*ordre*. La réglementation, sans être constitutive de droits subjectifs, devient ainsi une condition du milieu juridique reconnue la plus favorable à l'ensemble des activités concurrentes. Une garantie juridictionnelle devient nécessaire.

Cette garantie ne peut être procurée par les tribunaux judiciaires, car il n'y a pas de droits subjectifs en jeu. C'est un contrôle qui, de sa nature, est hiérarchique et confié à l'administration supérieure elle-même. La création d'organismes spéciaux dont le contrôle s'exerce dans les formes juridictionnelles, est un progrès facilement réalisé dans les systèmes d'indépendance absolue de l'administration vis-à-vis du pouvoir judiciaire. Il a été bien plus lent à paraître sous un régime de compétence judiciaire intégrale.

Les comités de révision ne sont d'ailleurs compétents que pour l'activité de l'administration départementale et communale. Nous croyons que l'indépendance assurée

1. Ce terme nous semble commode pour désigner toute l'activité administrative concernant une matière déterminée. M. HAURIOU, *Droit administratif*, 1933, note 5 b, l'emploie dans ce sens.

à ces juridictions par l'immovibilité de leurs membres, est une des causes qui ont empêché leur compétence de s'exercer à l'égard de l'activité des organes centraux (déjà pour le contrôle des administrations locales, l'exécution des décisions des comités est assez délicate).

DEUXIÈME PARTIE

LES DIFFÉRENTES VOIES DE RECOURS JURIDICTIONNELS CONTRE L'ADMINISTRATION

CHAPITRE PREMIER

LE CONTENTIEUX ORDINAIRE DU DROIT COMMUN

La première des quatre voies d'action en justice que les particuliers peuvent suivre pour se protéger contre l'activité de l'administration leur faisant tort, est celle des tribunaux ordinaires jugeant d'après le droit commun.

Mais s'agissant de procès faits à l'administration, ou aux agents administratifs, personnes dont l'activité est bien différente de l'activité privée autant par les matières où elles interviennent que par les moyens d'action dont elles disposent, leur situation dans le procès sera souvent différente de celle qu'auraient de simple particuliers. Et d'un autre côté la situation du juge à leur égard sera elle-même influencée par ce caractère administratif, car les pouvoirs du juge sont limités par le principe de séparation.

Dans le contentieux judiciaire ordinaire entrent d'abord toutes les actions relatives au commerce juridique que l'État, pour satisfaire à ses besoins patrimoniaux, entreprend avec les particuliers. C'est le *contentieux des contrats*. Ensuite, toutes les actions en dommages inten-

tées à l'administration à raison des torts et préjudices que son activité peut causer à autrui. C'est le *contentieux de la responsabilité*¹.

En ce qui concerne le premier de ces deux contentieux nous ne ferons que les remarques suivantes :

1^o Le commerce juridique de l'administration peut concerner son domaine privé. Dans ce cas aucune différence n'existe entre l'activité juridique de l'administration et celle des personnes privées. Les litiges de cette activité ne se distinguent en rien des litiges privés.

2^o Il en est de même de ceux qui peuvent naître à l'occasion de l'administration du domaine public et du fonctionnement des services publics, tant que cette administration ou ce fonctionnement sont assurés par des moyens juridiques de gestion privée. Ceux-ci ne comportent aucune clause exorbitante de droit commun, la compétence des tribunaux ne subit aucune limitation.

3^o Tout acte juridique de l'administration par lequel celle-ci tend à assurer le fonctionnement des services publics ou tend à assurer à un tel service une situation juridique à caractère patrimonial, *en collaboration avec les particuliers*, est un acte administratif de gestion. La doctrine roumaine est unanime à soutenir cette conception par des définitions approchantes². Le conten-

1. Les autres affaires susceptibles d'ouvrir un contentieux de *pleine juridiction* — les réclamations tendant à la modification ou à l'annulation d'une opération fondée sur une activité de la puissance publique, — tout en restant de la compétence judiciaire, ne sont pas portées devant les tribunaux ordinaires.

2. P. NEGULESCO. *Droit adm.*, 1934, p. 304 : « L'acte administratif de gestion est toujours une manifestation de volonté faite par un organe compétent, mais il tend à créer à un organisme administratif une situation juridique à caractère patrimonial, réglementée par le droit privé » ; p. 307 «... il faut ajouter que la différence entre les deux catégories d'actes serait que l'acte d'autorité se présente comme une manifestation unilatérale de volonté, tandis que l'acte de gestion serait toujours une convention, c'est-à-dire un acte bilatéral. » Dans le même sens An. TEODORESCO. *Droit admin.*, 1929, p. 376 ; J. VERMEULEN note sous Cas. III, 14 décembre 1925, *P. R.* 1927, I, 29 ; M. VARARU. *Op. cit.*, p. 139. — Et la jurisprudence : Cas. III, 27 sep-

tieux de ces actes de gestion est de la compétence des tribunaux ordinaires, même quand ces actes contiennent des dispositions exorbitantes du droit commun. Car si ces actes de gestion ont un caractère mixte contenant des manifestations de puissance publique, telles que des dispositions réglementaires, ils restent soumis à la loi civile pour ce qui est des rapports entre les parties contractantes, et les formalités ou autorisations prévues ne changent en rien la situation ¹.

Ils n'en constituent pas moins un commerce juridique contractuel et le contrôle de celui-ci ne peut être soustrait au judiciaire, car ce contrôle porte sur des droits qui naissent du contrat et dont la détermination suppose des pouvoirs de pleine juridiction.

Le contentieux de la responsabilité.

Il comprend la totalité des actions dont l'objet est, au principal, la réparation du préjudice souffert par le réclamant. Cette réparation est réalisée par la voie des dommages-intérêts compensatoires.

L'étude de ce contentieux intéresse spécialement notre sujet, car la compétence des tribunaux judiciaires de connaître des actions en indemnité dirigées contre l'administration touche de très près à la limite posée par le principe de séparation entre les deux pouvoirs. Car en matière de responsabilité, le droit du demandeur est subordonné aux faits, à la qualification que le

tembre 1933, Rep. 1933, col. 1922 : « Ce qui distingue les actes admin. d'autorité de ceux de gestion, c'est la qualité dans laquelle intervient l'administration : autorité ou personne juridique, ainsi que son fondement juridique : la loi ou le contrat, en exécution desquels elle accomplit ses actes... » Cas. III, 19 octobre 1933, Rep. 1934, n° 2 : « pour l'acte de gestion l'administration se comporte comme une personne juridique dans le cadre de ses obligations contractuelles ou nées de délits ou quasi-délits ». Dans le même sens, Cas. III, 11 décembre 1933, Rép. 1934, col. 513 ; Cas. III, 7 mai 1934, Rép. 1934, col. 1536.

1. Cf. NEGULESCO. *Droit administ.*, 1933, p. 238.

juge va leur donner. D'un côté il doit établir le droit de la victime aux dommages, d'un autre côté, pour le faire, il doit apprécier l'activité de l'administration qui a causé le préjudice.

Concilier ces deux nécessités est une question de mesure. Nous allons voir si les tribunaux, en statuant sur la responsabilité administrative, empiètent ou non sur le domaine réservé au pouvoir exécutif.

Ce chapitre sur le contentieux de la responsabilité comporte trois points de vue distincts :

1^{re} Section : Quel est le domaine de l'activité administrative susceptible d'entraîner la responsabilité de l'administration ou de ses agents ?

2^e Section : Comment la responsabilité est-elle partagée entre l'administration et les fonctionnaires ?

3^e Section : Quel est le fondement de la responsabilité administrative ?

SECTION I. — Domaine de la responsabilité administrative.

§ 1. — ACTES DE GESTION

Nous avons vu que le contentieux des actes de gestion est sans distinction laissé à la connaissance des tribunaux ordinaires. Il est donc évident que la demande en dommages-intérêts à raison de ces actes, qu'elle soit subsidiaire par rapport à un litige relatif aux droits et obligations dérivant du contrat ou qu'elle soit introduite seule et en dehors de toute autre contestation, sera elle aussi de la compétence de la justice ordinaire, qui appliquera le droit commun de la matière. L'autorité administrative n'y étant point intéressée en tant que puissance publique, mais seulement en tant que partie contractante, la compétence des juges ordinaires ne porte pas d'atteinte à l'indépendance du pouvoir exécutif.

§ 2. — ACTES D'AUTORITÉ

L'action en dommages dirigée contre l'administration à raison d'un acte d'autorité qui serait la cause du préjudice, ne peut être intentée devant la justice ordinaire que par voie principale ¹. Elle s'appuie toujours subsidiairement sur l'exception d'illégalité si l'administration oppose à la prétention du réclamant l'existence, à l'origine du fait dommageable ou du préjudice souffert, d'un acte administratif d'autorité et de la situation juridique créée par cet acte.

Le jugement de cette action n'est jamais soustrait aux tribunaux ordinaires, même s'il existe contre l'acte d'autorité, un recours direct au contentieux administratif ou un recours spécial devant des juridictions spéciales ².

Cette solution, commandée par les principes généraux, ne trouve de limite que dans la catégorie d'actes administratifs désignée sous le nom d'actes de gouvernement.

Les actes de gouvernement.

De tout temps la jurisprudence a reconnu l'existence des actes de gouvernement, mais le critérium qui permettait de les reconnaître était extrêmement vague et laissait au pouvoir exécutif la possibilité de déclarer actes de gouvernement tous les actes administratifs dont il voulait soustraire la discussion aux tribunaux judiciaires. C'était la théorie du *mobile* politique de l'acte. Et il faut constater que la jurisprudence, assez hésitante, se caractérise à cette époque plus par un scru-

1. Car devant les juridictions du contentieux administratif, l'action en dommages constitue un accessoire de l'action directe contre l'acte illégal.

2. Comme on l'a vu *Supra*, pp. 112-113, il est aujourd'hui bien établi que la loi de 1925 pour le contentieux administratif ne fonde pas une responsabilité spéciale pour les actes d'autorité, mais ouvre seulement une voie en plus pour la poursuivre.

pule exagéré de respecter l'interprétation donnée par le pouvoir exécutif, que par la préoccupation d'assurer aux victimes de tels actes une réparation équitable.

Ainsi Tribunal Covurlui : « les mesures prises par le gouvernement dans l'intérêt de la sûreté publique étant des faits d'ordre politique ne peuvent donner lieu à des actions en dommages » (*Dreptul*, 1898, p. 504). En l'espèce il s'agissait de l'interdiction de débarquer faite à des étrangers sans moyens de subsistance alors qu'aucune disposition antérieure ne refusait le visa à cette catégorie de voyageurs ; la compagnie de navigation, obligée de les rapatrier, demandait des dommages.

La Cour de cassation, 5 novembre 1912, qualifie d'acte de gouvernement la confiscation d'un journal qui avait imprimé un article injurieux à l'adresse du gouvernement, et refusait d'accorder d'indemnité (*Cur. Jud.*, 1913, p. 65). Elle allait jusqu'à considérer acte du gouvernement la révocation d'un fonctionnaire (Cas. 6 mars 1900 ; v. Stanesco, *op. cit.*, p. 70).

La loi de 1905 excepte pour la première fois expressément les actes de gouvernement du recours en annulation (art. 4, § 3, *h*). Mais sans fournir un critérium de distinction.

La doctrine était partagée entre deux théories principales. Celle de la *légalité*¹ qui constatait que la loi elle-même fondait la compétence discrétionnaire du gouvernement de faire certains actes, et que donc point n'était besoin d'une construction spéciale pour soustraire ces actes aux tribunaux, cette incompétence étant légalement fondée². Cette conception était inspirée de celle de M. BERTHÉLEMY, dite *négative*³.

1. An. TEODORESCO. *Droit adm.*, Buc. 1929, 3^e éd., p. 416 et s.

2. Il était donc question surtout des actes discrétionnaires. Or, le pouvoir discrétionnaire ne peut constituer une fin de non-recevoir contre toute réclamation (comme la théorie des actes de gouvernement), mais une justification au fond. Cf. HAURIU, *op. cit.*, p. 415.

3. V. BERTHÉLEMY. *Droit adm.*, 1930, p. 135 et s...

Et la théorie de l'*illégalité*¹ qui reconnaissait que pour sauvegarder les intérêts supérieurs de l'État, le Gouvernement peut faire des actes qui portent atteinte aux droits des particuliers en leur causant certains préjudices. Devant cette nécessité il était urgent de définir exactement les actes du gouvernement pour empêcher cette catégorie de s'étendre arbitrairement.

La loi de 1912, article 5, § 3, *f*, s'inspirant de cette doctrine, essaie de définir les actes de gouvernement, c'est-à-dire « les mesures prises pour la protection d'un intérêt général relatif à l'ordre public et à la sûreté de l'État interne et externe, ou à d'autres exigences d'ordre supérieur ». On voit que l'accent était mis sur le but de l'acte. L'article poursuivait par une énumération à titre énonciatif : « la déclaration de l'état de siège, les faits de guerre résultant d'une force majeure ou des nécessités immédiates de la lutte, l'exécution et l'interprétation des traités et des conventions diplomatiques, les mesures contre les épidémies, épizooties, inondations, famine, troubles intérieurs, extradition, expulsion et autres de même nature ».

Ce texte a été maintenu dans la loi pour le contentieux administratif de 1925, article 2, appliquant l'article 107 de la constitution qui excepte de tout recours les actes de gouvernement. Il ajoute seulement à l'énumération antérieure « les actes de commandement à caractère militaire² » et « la naturalisation et les actes de dissolution des personnes juridiques ou d'interdiction de fonctionner, conformément à la loi spéciale ».

Il résulte de ces textes que le législateur a une conception assez vague du critérium des actes du gouvernement, et qu'il comprend dans cette catégorie certains actes qui n'en font évidemment pas partie, tout en oubliant d'en citer d'autres.

1. NEGULESCO. *Droit adm.*, 1925, p. 439 et s...

2. Que la constitution prévoit expressément à côté des actes de gouvernement, ce qui semble indiquer qu'ils en diffèrent.

1° Le critérium est vague, car la définition s'appuyant sur le but, les tribunaux judiciaires appelés à se prononcer sont gênés dans leur appréciation par ce que le critérium contient de subjectif.

2° La liste de l'article 2 comprend les décrets de dissolution des personnes juridiques, ceux de naturalisation, d'extradition, d'expulsion, qui ne sont pas des actes de gouvernement, mais bien des actes d'autorité dont l'opportunité est laissée à l'appréciation du pouvoir exécutif, et ne pouvant dès lors léser des droits qu'en tant qu'ils seraient faits en violation des textes qui les réglementent (et que l'article 2 vise expressément pour la dissolution des personnes juridiques).

La jurisprudence reconnaît aujourd'hui ce point de vue : « l'acte de dissolution d'une personne juridique par un journal pris en conseil des Ministres conformément aux dispositions de la loi sur les personnes juridiques ne constitue pas un acte de gouvernement échappant au contentieux administratif, bien qu'il soit mentionné comme tel parmi les exemples de l'article 2 de la loi sur le contentieux administratif » (Cas. III, 22 mars 1933, *Rép.*, 1933, col. 443). Cass. III, 22 mars 1928, *P. R.* 1929, I, 70 : « Considérant que les réquisitions sont de simples mesures administratives... elles ne peuvent être considérées comme actes de gouvernement car elles sont réglementées par la loi, et l'autorité administrative doit observer et respecter ces dispositions de loi¹. »

3° Enfin la loi ne parle pas des actes relatifs aux rapports du gouvernement avec les chambres, qui cependant sont certainement des actes de gouvernement².

1. La Cour de cassation revient par là sur une décision antérieure de la première chambre, 3 janvier 1926, *P. R.* 1928, I, 72, qui faisait la distinction entre la réquisition proprement dite qu'elle qualifiait acte de gouvernement, et son exécution qui seule pouvait être attaquée en justice. Aujourd'hui — de ce point de vue — la confusion est écartée entre les actes d'autorité et les actes de gouvernement.

2. Cf. HAURIU, *Droit adm.*, p. 419 ; JACQUELIN, *cours cité*, p. 240 ; NEGULESCO, *Droit adm.*, 1934, p. 496.

Devant cette confusion dans une matière intéressant au premier chef la protection des individus devant l'arbitraire gouvernemental, la doctrine roumaine a élaboré une théorie des actes de gouvernement plus respectueuse des droits tout en sauvegardant la liberté d'action du pouvoir exécutif. Elle est due au savant professeur Paul Negulesco¹.

Cette doctrine interprète l'article 2 dans ce sens qu'il institue une distinction entre les actes de gouvernement faits en temps normal et les actes de gouvernement faits en temps de crise.

1. — Les actes de gouvernement en temps normal sont fixés limitativement par les principes généraux du droit public. Ce sont les actes relatifs aux rapports du gouvernement avec les Chambres — convocation, ajournement, dissolution, messages, initiative législative... —, les décrets de grâce, les actes relatifs aux rapports de l'État avec les puissances étrangères — actes diplomatiques, leur interprétation, protection des nationaux à l'étranger, etc...

Nous croyons qu'il faut comprendre dans cette catégorie les décrets établissant l'état de siège en temps de paix. Ces décrets sont pris en application d'une loi qui seule peut en principe instituer l'état de siège. Ou bien, en l'absence du Parlement, si le gouvernement établit l'état de siège, cette décision est soumise à la ratification ultérieure des Chambres. Les pouvoirs que ces décrets confèrent à l'exécutif ne peuvent dépasser ceux prévus par la loi générale pour l'état de siège². Ainsi ces décrets sont des actes de gouvernement par nature, et, tant qu'ils ont la ratification législative — antérieure ou ultérieure — ils ne peuvent faire l'objet d'un recours en justice, car celle-ci n'a pas à se prononcer sur l'existence de la nécessité de force majeure, comme

1. NEGULESCO, *op. cit.*, pp. 489 et 498-505.

2. Loi du 10 décembre 1864, modifiée le 30 décembre 1933 et le 16 mars 1934.

pour les actes de la seconde catégorie. La jurisprudence paraît confirmer ce point de vue (Cas. ch. réun., n° 17 de 1934, Rép. 1934, Col. 2045 ; Cas. ch. réun., n° 34 de 1935, Rép. 1935, col. 1409. En l'espèce la cour déclare que le décret qui a institué l'état de siège, ayant été ratifié par une loi, forme un tout avec cette loi, et ne contredit aucun principe constitutionnel).

2. — Pour ce qui est des actes de gouvernement faits en temps de crise, ils consistent en « certaines mesures qui modifient ou portent atteinte au régime normal, donnant au gouvernement la possibilité, dans les circonstances graves et urgentes, de défendre les intérêts supérieurs de la collectivité ¹ ». Ces mesures ne peuvent être que générales, impersonnelles ; elles sont temporaires ; elles se justifient exclusivement par un péril grave et imminent. Même les conséquences individuelles de ces mesures générales prennent le caractère gouvernemental de l'acte qu'elles appliquent ; elles sont soustraites à tout contrôle judiciaire tant que dure l'état de crise qui a justifié la mesure. « L'acte de gouvernement, dès que le péril a passé, pourra être examiné du point de vue de la légalité et des dommages pourront être accordés... car en temps normal de telles mesures sont inadmissibles et si le législateur permet la suspension des garanties constitutionnelles en cas de danger grave, cette suspension est à titre provisoire et ceux qui en sont lésés gardent le droit d'obtenir des dédommements ². »

Il apparaît, avec cette théorie, que le caractère gouvernemental de certains actes énumérés dans le texte de l'article 2, ou analogues à ceux-là, est subordonné à l'existence d'un état anormal mettant en danger les grands intérêts nationaux.

Il revient à la jurisprudence de décider si un tel dan-

1. NEGULESCO. *Op. cit.*, 1934, p. 471.

2. *Idem.*, 1925, p. 465.

ger existe, car elle examine le fond de la question de savoir si l'acte déduit en justice réunit les conditions d'un acte de gouvernement.

La cour de cassation ¹ décide à cet égard que les actes administratifs ne prennent pas le caractère d'actes de gouvernement par le simple fait qu'ils sont visés dans l'article 2 de la loi du contentieux administratif ; ce caractère doit être justifié par des « circonstances extraordinaires d'ordre général politique, économique, sanitaire, etc... qui les réclament : guerre, troubles intérieurs dus à l'homme ou à la nature... ».

Et encore : « Pour qu'il y ait acte de gouvernement il faut que l'acte soit fait en vue d'un intérêt général relatif à l'ordre public, à la sûreté de l'État ou à d'autres exigences d'ordre supérieur, *et soit réclamé par l'existence d'un péril imminent* ²... »

Ce contrôle qui incombe à la jurisprudence n'empiète pas sur la compétence du pouvoir exécutif ; car le juge n'examine pas les motifs qui lui ont fait prendre ces mesures, « l'intention guidée par les intérêts supérieurs », mais seulement la réalité de la force majeure, son existence objective ³.

Il est certain qu'un critérium qui fonde l'acte de gouvernement sur la nécessité, sur les circonstances exceptionnelles, reste encore assez proche de la théorie du mobile. Car il garde un caractère subjectif. Il peut faire que le même acte soit apprécié différemment dans des circonstances différentes. L'idéal serait une énumération limitative.

Cependant, cette théorie réalise, en présence du texte assez vague et non limitatif de l'article 2, ce progrès appréciable que désormais la jurisprudence seule décide

1. Cas. ch. réunies, 19 mars 1933, *P. S.* 1934, p. 451. Cas. III, n° 543 de 1933, *P. S.* 1934, p. 179.

2. Cass. III, 18 octobre 1926, *P. R.* 1927, 1, 25.

3. Cf. la note de M. R. GORUNEANO sous deux arrêts de la cour de cass., *P. R.* 1928, 1, 72.

sur l'existence du péril invoqué. C'est le maximum de garantie réalisable pour la protection de l'individu, dans le système de la loi positive existante.

Les actes de gouvernement sont soustraits à tout recours juridictionnel. Ils ne comportent que le contrôle parlementaire, et celui de l'opinion publique. Ainsi l'action en dommages ne peut être intentée à raison de ces actes. La jurisprudence a toujours été très nette là-dessus ¹.

Cependant nous avons vu qu'en doctrine on soutient la possibilité d'accorder des dommages pour les actes de la seconde catégorie, l'état normal une fois revenu. Nous croyons que cela ne peut être réalisé sans poser en principe l'obligation de l'État de dédommager les victimes des catastrophes nationales, ou plus généralement, des mesures qui sont prises dans l'intérêt de tous, sur la base de l'égalité de tous devant les charges publiques. Car l'État ne peut être en *faute* d'avoir agi dans l'intérêt général. Or, comme nous verrons, ce principe n'est pas prêt de devenir une norme légale. Même pour les dommages causés aux personnes ou aux biens par la guerre de 1916-1919, il n'a jamais été reconnu en Roumanie une obligation à la charge de l'État de réparer ces dommages. Les seules mesures prises furent des mesures d'assistance ².

Cependant pour les mesures d'exécution dépassant les limites d'application de l'acte de gouvernement, par exemple celles qui ne tiendraient pas compte des formalités établies pour exécuter l'acte, l'action en dommages est admissible ³. De même si l'action est fondée sur une faute des organes de l'État à l'occasion d'un acte

1. Trib. Covurlui, *Dreptul*, 1898, p. 504 ; Cass. I, 5 novembre 1912, *Cur. Jud.*, 1913, p. 65 ; Trib. Chisinau, 17 septembre 1921, *P. R.* 1922, 2, 246 ; Cas. I, 8 mai 1931, *P. S.* 1931, p. 553.

2. Décret-loi, n° 1656 de 1919 : « le paiement d'indemnités pour les dommages de guerre n'est pas obligatoire pour l'État ».

3. Cas. III, n° 524 de 1933, citée par STANESCO, p. 82.

de gouvernement¹ : un journal avait reçu l'autorisation de publier son édition, des services compétents de la présidence du Conseil — sous le régime de la censure et de l'état de siège partiel ; — au dernier moment la confiscation de la publication est décidée ; le tribunal a jugé « que cet acte constitue au moins une faute ou une imprévoyance de la part des services, qui causant un préjudice attire la responsabilité civile prévu par l'article 998 C. civ. » (1382 français).

§ 3. — FAITS MATÉRIELS

Mais en dehors des actes administratifs, l'activité de l'administration consiste en faits d'exécution des décisions exécutoires, en mesures matérielles tendant au fonctionnement des services, ou simplement en événements se produisant à l'occasion de ce fonctionnement. Ces faits matériels ne créent pas de situations juridiques susceptibles d'être examinées dans leur conformité aux règles de droit objectives ou dans leurs répercussions sur les droits subjectifs des particuliers. Mais ils peuvent causer à ceux-ci des dommages. L'administration est responsable de ces conséquences dommageables de son activité.

L'administration, au point de vue de la responsabilité, comprend à la fois les fonctionnaires et les personnes morales administratives². Ainsi l'activité dommageable peut être imputée aux personnes physiques qui l'ont exercée, ou bien à l'administration qui est l'occasion et le cadre de cette activité.

En Roumanie, toute action en dommages dirigée contre l'administration ou ses agents, peut être intentée devant les tribunaux ordinaires. Si le fait préjudiciable est prévu par la loi, la responsabilité en découle direc-

1. Trib. Ilfov, 7 février 1928, *P. R.* 1928, 3, 107.

2. Cf. HAURIOU, p. 516.

tement. S'il n'entre pas dans les prévisions de la loi, — ce qui constitue la grande majorité des cas — la responsabilité est fondée sur les principes juridiques du droit commun qui commandent la matière.

Ce sera donc principalement une responsabilité pour faute. Cela comporte l'appréciation de l'activité administrative, et touche à cette limite entre l'exécutif et le judiciaire que le juge est maître de fixer en décidant jusqu'où il peut aller sans s'immiscer dans le domaine administratif. Cette question sera examinée dans la III^e section. Ici il convient de montrer qu'aucune matière n'est soustraite en principe à la connaissance du juge pour ce qui est de la responsabilité. Avec, toutefois, les réserves que nous avons faites au paragraphe précédent.

Il est vrai que pendant longtemps les tribunaux se jugeaient incompétents de juger la responsabilité administrative pour les mesures de police et pour les matières considérées d'administration discrétionnaire. Mais cela ne tenait pas à une nouvelle limitation du principe de la responsabilité quant à son domaine d'application, mais à ce que la théorie des actes de gouvernement n'était pas suffisamment précisée, de sorte que souvent cette catégorie était démesurément étendue¹.

D'un autre côté l'idée de souveraineté de l'État dans ses manifestations de puissance publique a cédé devant les progrès de l'idée de responsabilité de plus en plus actualisée par la conscience juridique moderne, comme conséquence de la conception de personnalité juridique de l'État.

Les tribunaux roumains se sont toujours fondés, pour déterminer l'étendue de l'activité administrative donnant lieu à responsabilité, sur les articles du code civil 998 et s. (1382 et s. du c. civ. français). Ils examinaient grâce à ces textes toute activité fautive des fonction-

1. Cf. NEGULESCO. *Op. cit.*, 1933, p. 268 et la note.

naires et l'État répondait pour eux. Cette application du droit commun de la responsabilité à des activités de droit public — née de la nécessité d'organiser la responsabilité de l'administration dans un système de compétence judiciaire — s'est trouvée fondée positivement dès 1886 par l'article 8 de la loi pour le partage des attributions du conseil d'État : « les autres affaires de nature contentieuse... seront jugées par les tribunaux judiciaires *d'après les règles ordinaires* ¹ ».

SECTION II. — Relation entre la responsabilité de l'administration et celle de ses agents.

§ 1. — LE SYSTÈME DU DROIT CIVIL

Nous avons vu que dans le système roumain les seuls textes réglant la matière de la responsabilité étaient ceux du code civil. Leur généralité met les tribunaux ordinaires dans l'obligation de les appliquer chaque fois qu'une demande en dommages est formulée dans une matière qu'aucune loi spéciale ne réglemente. Il est certain que dans leur lettre les articles du code civil sur la responsabilité délictuelle supposent un fait *de l'homme* qui soit à l'origine de la responsabilité ; et quant à la responsabilité pour le fait d'autrui, ils supposent entre l'auteur du dommage et la personne civilement responsable un *lien civil* défini.

Indépendamment de la question de l'applicabilité à l'administration de l'article 1382 et aux relations existant entre l'État et les fonctionnaires publics de l'article 1384, 3^e alinéa — cette question sera examinée dans la section suivante —, remarquons qu'en l'absence de règles spéciales pour la responsabilité administrative, ou d'un principe général d'incompétence des tribunaux

1. Même avant cette date, la juridiction du conseil d'État ne fermait pas la voie de la justice judiciaire. Cette solution était fondée sur les principes généraux. (Cf. dans ce sens Cas., *Bul.*, 1863, p. 22.)

de connaître de cette responsabilité à raison du caractère administratif du litige, il n'y avait aucun empêchement à ce que ces articles, respectivement 998 et 1000 du code civil roumain, soient appliqués aux fonctionnaires, à l'administration, et aux rapports existant entre eux.

La jurisprudence l'a toujours fait, et pendant longtemps aucune objection ne s'est élevée sur le principe de cette applicabilité. Nous avons vu à la fin de la section précédente qu'elle passait même pour être fondée légalement.

Ainsi, pour obtenir des dommages de l'administration il fallait, avec le mécanisme classique des textes civils, prouver une faute à la charge de l'agent, faute pour laquelle l'administration répondait civilement, *s'il était établi que l'agent en question était bien un préposé de l'administration.*

La nécessité d'établir cette relation était un moyen, pour la jurisprudence, d'exonérer l'État de toute responsabilité lorsque l'auteur du dommage n'exerçait pas sa fonction sous la surveillance effective des organes de l'État. Ainsi, les Tribunaux jugeaient que l'irresponsabilité de l'État à raison des actes dommageables causés par les magistrats de l'ordre judiciaire ou par les membres du corps enseignant provenait « de ce qu'ils ne peuvent être considérés les préposés de l'État, car une fois nommés, ils exercent une mission sociale indépendante en tant qu'organes de la souveraineté nationale ». (*Bull. de la Cour de Cass.*, 1880, p. 80 ¹.)

En ce qui concerne les rapports de l'État et des soldats sous les armes, la qualification de ces rapports par la jurisprudence est significative. La cour de cassation jugeait, le 23 juin 1915² que l'État est responsable en vertu de l'article 1000 du préjudice causé par une sentinelle qui avait tiré sur l'officier de ronde. La cour précisait qu'« en principe les militaires sous les armes et pendant le service ne peuvent être considérés comme étant les préposés du ministère de la Guerre..., mais que ce principe cesse d'être applicable si des circonstances nouvelles interviennent pour établir le rapport

1. V. *Répertoire*. BOROZZI, t. IV, V^o Resp., n^o 22.

2. *Jur. Rom.*, 1915, p. 450.

de commettant à préposé... », en l'espèce, un acte de *gestion particulière*, la garde d'un pénitencier. — Récemment encore, une série d'arrêts décident que les soldats « ne peuvent être considérés comme étant les préposés de l'État » et donc, celui-ci ne répond pas des dommages qu'ils causent alors que ces dommages sont la conséquence directe et immédiate de l'obligation générale du service militaire prévu par l'article 119 de la constitution à la charge de tous les citoyens ¹.

Pour ce qui est des officiers et agents de police, « ils sont sous la surveillance de leurs chefs hiérarchiques qui ont un droit de contrôle sur leurs actes et qui, à leur tour, reçoivent des directives du ministre de l'Intérieur... Ce système de dépendance, surveillance et contrôle, est de nature à attribuer aux rapports de l'État et des fonctionnaires de police, le caractère fixé par le code civil aux rapports de commettants à préposés ² ».

Cette distinction est faite couramment par la jurisprudence entre l'activité de préposé et « l'activité découlant d'un statut réglementaire » : « considérant que si celui dont les services sont rétribués par le budget de l'État est un fonctionnaire public, tout fonctionnaire n'est pas en même temps préposé de l'État³ ». Les critères de distinction des fonctionnaires préposés sont d'après la Cour de cassation : la possibilité de choisir l'agent, et celle de le surveiller effectivement. Car notre instance suprême reste attachée à la théorie d'une présomption de faute à la base de la responsabilité de l'article 1384 : *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando*.

Ainsi l'action est intentée soit contre l'auteur du préjudice, soit contre la personne morale civilement responsable, soit en même temps contre les deux obligés à réparation. L'administration qui a payé peut, tout comme le commettant, se retourner contre l'auteur du dommage.

1. Cas. 1, 28 avril 1931, *P. S.* 1931, p. 585. Cas. I, 2 juin 1933 *Rép.*, 1933, col. 1597. Cas. I, 13 juin 1933, *Rép.*, 1933, col. 1598.

2. Cas. I, 21 novembre 1932, *Rép.*, 1933, col. 459.

3. Cas. II, 12 juin 1928, *P. R.* 1929, 1, 85.

§ 2. — DIFFICULTÉS QUE CE SYSTÈME FAIT NAÎTRE EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE

Cependant avec l'application pure et simple à la responsabilité administrative des textes du droit privé, des difficultés surgissent.

D'un côté le fonctionnaire ne peut être en faute que pour son fait. Or, dans l'activité d'un fonctionnaire public il y a beaucoup de faits qui sont dus à l'obligation d'exécuter le service dans des conditions fixées par les règlements ou par les pratiques administratives ; ces faits doivent donc être imputés au service lui-même, à l'administration. Mais quel critérium établira, pour une juridiction judiciaire, la distinction entre la faute personnelle et la faute de service ?

D'un autre côté, l'activité administrative pouvant occasionner de graves préjudices pour des fautes légères ou des négligences qu'on ne saurait reprocher à l'homme, il y a, en matière administrative, déséquilibre entre la cause du dommage déterminée d'après une appréciation psychologique de l'activité de l'agent, et entre l'effet matériel. Comment assurer le dédommagement par l'administration sans condamner le fonctionnaire, au cas où il n'est pas coupable d'une faute suffisamment grave pour emporter sa responsabilité personnelle ?

Des décisions de jurisprudence, surtout dans la période antérieure à la législation d'après-guerre, rendues par application des textes de droit privé, on peut difficilement dégager des directives nettes. « De ces solutions, même quand elles sont bonnes, il y a peu à retenir étant insuffisamment motivées¹. » Ce sont généralement des solutions d'espèce commandées par l'équité, sans grande continuité dans le système appliqué. La seule tendance nette est, à notre avis, l'application de l'article 998 (1382), directement à la personne morale administrative, tendance qui n'a fait que se confirmer

1. Gr. PHEREKYDE, note sous Cas. II, 12 juin 1928, P. R. 1929 1, 17.

par la suite. Dès 1912 ¹, il est admis que si l'autorité communale revient sans motif sur une autorisation accordée, elle est en faute et doit réparer le préjudice consistant dans les dépenses inutiles faites par l'entreprise qui avait reçu l'autorisation. Et même ² « la responsabilité délictuelle de l'article 998 du code civil, incombe aux particuliers aussi bien qu'aux personnes morales » (en l'espèce la commune). Enfin « la règle de haute équité contenue dans l'article 998 du code civil..., bien qu'ayant en vue principalement les rapports des particuliers entre eux, doit s'appliquer pour les mêmes motifs aussi dans les rapports avec l'État et ses subdivisions ³ ».

La distinction de la faute personnelle et de la faute de service est parfois nommément appliquée ⁴. D'autres fois, c'est l'illégalité ⁵, ou la violation d'un droit du réclamant ⁶ qui fondent la faute de l'administration. Ou l'enrichissement sans cause ⁷ lorsque ses éléments sont réunis. Ou même le mauvais fonctionnement du service public ⁸. Ou encore l'obligation de l'administration de réparer le dommage causé dans l'intérêt général ⁹.

§ 3. — LA LÉGISLATION RÉCENTE LAISSE SUBSISTER CES DIFFICULTÉS

Actuellement, en dehors de la loi civile qui, nous l'avons vu, s'applique aussi à la responsabilité administrative, la dualité des obligés à réparation est consacrée par une

1. Cas. III, 19 octobre 1912, *Bul.*, 1912, p. 1824.

2. Cas. I, 7 février 1921, *P. R.* 1923, 1, 51.

3. Cas. I, 25 janvier 1922, *P. R.* 1922, 3, 141.

4. Cas. I, 20 février 1922, *P. R.* 1922, 3, 157.

5. V. les décisions citées par N. DRAGOMIR, *op. cit.*, p. 27.

6. Cas. I, n° 233 de 1895, *Bul.*, 1895, p. 194 : « l'État, en tant que pouvoir exécutif, est responsable en principe des dommages occasionnés par une atteinte aux droits d'autrui ».

7. Appel Buc., I, 28 janvier 1913, *Dreptul*, 1913, p. 379 : « Le principe que personne ne peut s'enrichir au détriment d'autrui a une application générale et par suite aussi à l'égard de l'État. »

8. Trib. Arges, 31 mars 1934, *Rep.*, 1934, col. 1153.

9. Cas. *Bul.*, 1896, p. 1227 et 1903, p. 160 (BAROZZI, t. III, V° Mairie, n° 39) : « Il est injuste qu'un travail fait dans l'intérêt général, et duquel tous sont supposés profiter, soit à la charge d'un seul... »

série de textes positifs qui disposent, sans contestation possible, que l'action en dommages peut être intentée aussi bien contre le fonctionnaire que contre l'administration.

1. — D'abord, l'article 99 de la Constitution dispose que quiconque subit un tort par une disposition signée par un ministre peut demander à l'État, *conformément au droit commun*, des dommages pour le préjudice causé. Le ministre ne peut être poursuivi que par l'État après autorisation d'une des Chambres. D'où argument *a contrario* que les fonctionnaires ordinaires peuvent être poursuivis personnellement par les particuliers.

2. — D'ailleurs l'article 31, en laissant libres les poursuites dirigées contre les fonctionnaires pour faits de leurs fonctions par les parties lésées, avait déjà nettement posé le principe.

3. — L'article 107, qui établit un recours direct contre les actes administratifs illégaux qui lèsent un droit, décide que les dommages résultant de ces actes peuvent être poursuivis, soit contre l'administration, soit contre le fonctionnaire coupable.

4. — Cette disposition est textuellement reproduite par l'article 6 de la loi pour le contentieux, cependant que l'article 14 de cette même loi l'entend comme suit : « Les demandes en justice visées par la présente loi pourront être dirigées *non seulement contre l'administration, mais encore solidairement et personnellement, contre les administrateurs* qui ont signé l'acte, au cas où ces requêtes ont pour objet le payement d'indemnités à raison de préjudices causés... »

Ainsi ces dispositions des lois, soit en laissant aux tribunaux ordinaires le jugement de l'action en responsabilité, soit en fondant expressément cette responsabilité sur l'illégalité de l'acte qu'ils ont signé, ne changent rien au régime du code civil. Les inconvénients sont multiples :

1^o Par la nature même des rapports qui s'établissent

entre l'administration et ses agents, les fonctionnaires ne peuvent être rendus responsables de tous les faits dommageables qu'ils accomplissent dans leurs fonctions.

2° Ces faits sont imputables à l'administration. Mais ils peuvent difficilement s'encadrer dans l'article 998. C'est la distinction de la faute personnelle et de la faute de service qui analyse cette responsabilité directe de l'administration.

3° Si l'administration est condamnée pour fait de service du fonctionnaire, il est très difficile, dans le régime du droit commun, d'écarter cet élément : l'administration pourra donc se retourner contre son fonctionnaire par l'action récursoire, puisqu'elle aura été condamnée en vertu de l'article 1384.

4° Mais la simple possibilité d'intenter des poursuites contre les fonctionnaires à raison de leurs fonctions peut gravement compromettre la marche des services par la crainte qu'une action en justice fait naître fatalement. Le fonctionnaire doit comparaître, se défendre, lutter pour dégager sa responsabilité. Toutes ces préoccupations sont susceptibles de paralyser son initiative ; elles enlèvent à l'agent le sentiment d'une sécurité personnelle nécessaire à son activité publique.

5° Enfin, rendre l'administration responsable même pour des fautes totalement étrangères au service, pour les infractions de droit commun, etc... est excessif. L'État paye, tandis qu'il ne trouve généralement devant lui qu'un agent insolvable.

§ 4. — LE SYSTÈME DE L'ARTICLE 13 DU STATUT DES FONCTIONNAIRES PUBLICS. — CONTROVERSE QU'IL SUSCITE

Toutes ces difficultés ont amené le législateur, à l'occasion de la loi sur le statut des fonctionnaires publics (19 juin 1923), d'édicter dans l'article 13 de cette loi,

une disposition essentielle sur les rapports de l'administration et de ses agents en matière de responsabilité.

Voici le texte en question : « Quand le fonctionnaire commet une action par dépassement des limites de son mandat ou de la sphère de ses attributions légales, ou par abus de pouvoir, et que ce fait cause des dommages aux particuliers, alors l'État, le département ou la commune légalement responsables, pourront appeler en garantie le fonctionnaire auteur du fait pour qu'il soit rendu pécuniairement responsable. »

« Le fonctionnaire contre qui on a fait une réclamation mal fondée ou téméraire, aura le droit de demander en justice des dommages intérêts. »

Ainsi voilà que, pour le seul cas de l'action récursoire de l'administration qui a payé, contre l'agent qui a causé le dommage, la loi limite cette action à l'abus de pouvoir, au dépassement de la sphère des préoccupations fonctionnelles. On est d'accord pour prêter à cette disposition le sens d'une exonération de l'agent pour faute de service. Mais cette disposition est limitée aux rapports du fonctionnaire et de l'administration. Quelle en est la portée sur la responsabilité du fonctionnaire vis-à-vis des particuliers lésés ? Comment cet article se concilie-t-il avec le principe général civil, et avec les textes que nous avons exposés plus haut ?

La doctrine est partagée sur ce point.

Pour les uns¹, le fonctionnaire ne peut être poursuivi directement pour fait de service, mais continue à l'être pour faute personnelle. En l'absence de dispositions précises cette solution est fondée sur les principes de la responsabilité administrative telle qu'elle est fixée par la théorie de la faute de service. Comme on a vu, la jurisprudence s'est, à plusieurs reprises, réclamée de cette théorie. De plus elle doit être admise car on

1. C. RARINCESCO. *Cont. adm., Revista de dr. publ.*, 1926, p. 251.
M. VARARU, *op. cit.*, p. 197.

ne peut écarter l'article 13, et dès lors quel en serait le sens si le fonctionnaire que ce texte met à l'abri de l'action récursoire de l'État pour faute de service, restait cependant exposé aux poursuites directes des particuliers ?

D'un autre côté on ne peut méconnaître le droit des particuliers de poursuivre en dommages le fonctionnaire directement, pour sa faute personnelle, car des textes formels s'y opposent. Et l'article 13 lui-même dans son 2^e alinéa prévoit des sanctions contre les particuliers qui auraient entrepris contre les fonctionnaires des poursuites téméraires. Qu'est-ce donc sinon que de telles poursuites sont permises en principe sauf à n'en point abuser ?

Mais d'autres auteurs ¹ pensent que l'article 13 ne parlant que de l'action récursoire contre le fonctionnaire, *toute action directe des particuliers est par là même interdite*. Le principe général de notre législation serait que toute action en dommages à raison d'un acte ou d'un fait d'ordre administratif doit être dirigée seulement contre l'administration. Le fonctionnaire, pour être à l'abri de poursuites qui peuvent être vexatoires et garder son entière liberté d'initiative, n'aura à répondre que vis-à-vis de l'administration, et seulement pour les fautes « dépassant la sphère de ses attributions légales ». Quant aux textes de la constitution et de la loi sur le contentieux administratif, cependant formels, on considère qu'ils sont dus à une « rédaction confuse ² » et que devant la disposition « catégorique » de l'article 13, on doit les interpréter dans le sens que l'action contre le fonctionnaire peut être jugée en même temps que celle des particuliers contre l'État et par la même juridiction, mais que cette action n'est mise en mouvement que par l'État.

1. NEGULESCO, ALEXIANO, BOILA. *Code adm.* annoté, p. 699 et s.

2. *Op. cit.*, p. 700.

Cette opinion est inacceptable, croyons-nous, en présence de dispositions constitutionnelles et légales précises. Surtout que l'article 13 n'a certainement pas cette portée générale qu'on se plaît à lui donner : édicté par la loi du statut qui s'occupe principalement des rapports des fonctionnaires avec l'administration, il n'a eu en vue que ces rapports. Même s'il avait décrété expressément que les fonctionnaires ne peuvent être en aucun cas poursuivis par les particuliers, cette disposition n'aurait pas été appliquée car elle aurait été nettement anticonstitutionnelle, et la Cour de cassation n'aurait pas pu ne pas le reconnaître.

Cependant, la jurisprudence (d'une instance inférieure il est vrai) dans une décision qui a fait grand bruit et a été commentée dans tous les sens, a interprété de cette façon l'article 13¹. Entre autres considérants, le tribunal disait : « ... non seulement que seule l'autorité peut être poursuivie en dommages... mais elle seule peut appeler en garantie le fonctionnaire abusif. Elle seule appréciera si le fait du fonctionnaire a dépassé la sphère de ses attributions légales ou s'il constitue un abus de pouvoir, et s'il a lésé quelqu'un ».

« Cette disposition a été prise parce qu'autrement, quiconque se considérerait lésé par un fonctionnaire de l'État, départements ou communes, le poursuivrait en justice personnellement, ce qui entraverait la bonne marche du mécanisme de l'État en encourageant les particuliers dans leur tendance de molester injustement le fonctionnaire qui ne les a pas satisfaits. »

Cet arrêt, comme on voit, en appliquant l'article 13 du statut, le seul invoqué en l'espèce, interprète le système de cet article indépendamment des textes de la constitution et des lois, et des principes généraux de la responsabilité délictuelle. Or, il n'est pas possible de

1. Trib. Miercurea Ciuc, 19 mai, 1924 ; *P. S.* 1925, p. 95 ; *P. R.* 1925, 2, 247, note V. OPRESKO ; *P. R.* 1926, 2, 241, note BURSANESKO.

passer sur ces textes, et on ne peut fonder sur une décision d'espèce où la question fut mal et incomplètement posée, une solution qui va à l'encontre de la loi positive. Cette opinion est d'ailleurs restée isolée.

§ 5. — APPLICABILITÉ, EN DROIT ROUMAIN, DE LA DISTINCTION DE LA FAUTE PERSONNELLE ET DE LA FAUTE DE SERVICE

La doctrine a fait de grands efforts pour fonder dans le système roumain l'irresponsabilité du fonctionnaire pour faute de service. Certains auteurs ont même voulu voir dans les textes de la constitution de 1923 et des lois qui ont suivi un changement fondamental du système de responsabilité administrative fondé auparavant sur les articles du code civil exclusivement ¹.

Ces textes, interprétés ensemble, consacraient la théorie de la faute de service, et par conséquent le fonctionnaire ne peut être personnellement poursuivi pour dommages causés par cette faute ². Le droit administratif étant soumis à des principes différents du droit commun, et la jurisprudence roumaine ayant déjà consacré ces principes, il faut toujours spécifier dans l'action en dommages dirigée contre le fonctionnaire, s'il s'agit d'une faute de service ou d'une faute personnelle de service ³.

1. J. VERMEULEN. *Statutul funct. publici*, Buc., 1933. Voir aussi, du même auteur, la note sous Cas. I, 21 novembre 1932, *Rép.* 1933, col. 459 et s.

2. Cependant, l'auteur cité reconnaît que la loi pour l'organisation administrative de 1929 renverse ce système quand dans son article 508 elle dispose que les fonctionnaires des administrations décentralisées sont responsables envers les particuliers de tout préjudice injustement causé. Remarquons que la loi administrative toute récente (27 mars 1936) qui a remplacé celle de 1929, confirme cette disposition, mais ne rend plus le fonctionnaire responsable de tout préjudice, mais seulement de celui causé par un acte fait « sans compétence ou de mauvaise foi » (art. 166). Cette fois c'est bien une orientation vers l'exonération du fonctionnaire pour faute de service.

3. Cette opinion est admise aussi par M. le professeur An. TEODORESCO, *Droit adm.*, 1929, p. 464.

Tout en reconnaissant la supériorité de la construction élaborée par le Conseil d'État français, nous ne pouvons admettre que cette théorie soit applicable en droit roumain. Comme le constate M. NEGULESCO ¹, en Roumanie la loi civile doit être considérée comme le droit commun dans les rapports qui naissent entre les particuliers et l'administration, et doit être appliquée si ces rapports ne sont pas réglés par des dispositions spéciales des lois administratives. Or, toutes les lois successives pour le contentieux administratif, ainsi que la constitution de 1923 ne font que constater le principe de la responsabilité pour les actes administratifs d'autorité. Quant à l'action en responsabilité elle reste soumise au droit commun.

Bien plus, la loi administrative citée (p. 144, note 2) consacre expressément la responsabilité des fonctionnaires envers les particuliers lésés.

Si la jurisprudence se réfère parfois à la distinction entre la faute de service et la faute personnelle, elle le fait dans le cadre des textes civils, quant à l'étendue de la responsabilité du fonctionnaire, et non pour fonder les rapports entre cette responsabilité et celle de l'État.

D'ailleurs l'article 13 en question montre expressément que l'administration est légalement responsable de toutes les fautes de ses agents, ce qui suppose bien que cette responsabilité reste fondée sur l'article 1000 du code civil et non sur la théorie de la responsabilité pour faute de service. Ce n'est qu'à propos de l'action récursoire de l'administration contre son agent que la loi définit la responsabilité du fonctionnaire comme limitée à ce qui peut être considéré comme sa faute personnelle.

1. NEGULESCO. *Op. cit.*, 1925, p. 457 ; 1933, p. 279, note.

§ 6. — PHYSIONOMIE PARTICULIÈRE
DU SYSTÈME ROUMAIN

Pour conclure cet examen, fixons les caractéristiques suivantes du système roumain :

1° La victime de l'activité administrative dommageable trouve devant elle deux personnes obligées de réparer le préjudice injustement causé : le fonctionnaire coupable et l'administration.

2° L'action en dommages est régie par les articles 998 et 1000 du code civil (1382 et 1384 c. civ. fr.). L'administration a une action récursoire contre le fonctionnaire fautif.

3° Cependant pour ne pas désorganiser les services, pour ménager aux fonctionnaires l'indépendance nécessaire à leur activité, leur responsabilité personnelle ne peut être engagée que s'ils ont dépassé « la sphère de leurs attributions légales et s'ils ont agi sans compétence ou de mauvaise foi ». Sous l'influence de la jurisprudence du Conseil d'État français, cette notion s'approche beaucoup de celle de la faute personnelle ¹.

4° L'État est responsable, par application extensive des textes civils, de toute faute accomplie par ses agents « *dans les fonctions auxquelles ils sont employés*, donc aussi pour la faute personnelle de service. Celle-ci est toute faute qui sans être une faute de service est néanmoins accomplie dans le service ou à l'occasion du service ² ».

5° L'administration ne peut exercer son action récursoire que contre le fonctionnaire coupable de faute personnelle dans le service.

Ce qui distingue le système roumain de celui que le

1. Trib. Arges, 31 mars 1934, *Rep.* 1934, col. 1153 : « Le fonctionnaire répond envers l'État quand il a commis un fait personnel, non un fait de service. »

2. Appel Galatz, 13 décembre 1934, *Rép.*, 1935, col. 1143.

Conseil d'État applique en France, c'est donc que le particulier lésé trouve toujours devant lui la responsabilité de l'administration. Du point de vue de l'indemnisation de la victime, le maximum de garantie est ainsi réalisé. En revanche, la sanction de la responsabilité pécuniaire qui normalement doit peser sur le fonctionnaire à raison de ses fautes personnelles est illusoire. Car dans la pratique c'est toujours l'État qui est poursuivi en dommages, et c'est fort compréhensible : très généralement les agents sont insolvables ; et puis l'administration est anonyme et l'on préfère plaider contre elle que se mettre en mauvais termes avec un fonctionnaire dont on peut encore avoir besoin ¹. D'un autre côté l'administration n'use pas de son droit de poursuivre le fonctionnaire coupable de lui avoir causé un préjudice par sa faute personnelle. L'administration répugne à saisir les tribunaux judiciaires contre ses agents ². Elle emploie plus facilement la répression disciplinaire. Mais cette dernière ne saurait remplacer la responsabilité pécuniaire.

Ainsi, le droit roumain assure le dédommagement de la victime tout en couvrant en fait la responsabilité civile des fonctionnaires. L'administration est pratiquement seule responsable ³.

1. *Code adm. annoté*, p. 460.

2. Les commentateurs du code administratif déclarent, p. 460 « Nous ne connaissons aucun cas où l'application de ce texte ait été faite [art. 13] et nous n'avons vu aucun fonctionnaire appelé en garantie, bien que l'État ait payé de nombreuses indemnités. »

3. De cet avantage, il ne faut pas déduire que la situation des particuliers lésés est meilleure en Roumanie qu'en France. En effet, c'est le *fondement* de la responsabilité et la manière de l'appliquer en pratique qui sont plus importants de ce point de vue que la base *légale* de la responsabilité ou la garantie de celle-ci par l'administration.

SECTION III. — Fondement de la responsabilité administrative.

Le premier élément nécessaire pour que soit reçue une action en dommages est le préjudice. Sur cet élément nous n'avons rien de spécial à dire ; il reste fixé par le droit commun. Il doit consister dans une diminution patrimoniale, que ce soit un dommage subi dans ses biens ou sa personne ou la lésion d'un intérêt sur lequel la victime pouvait légitimement compter, ou l'atteinte à un droit représentant un avantage matériel.

Il est cependant une question qui peut prêter à controverse : le préjudice peut-il être moral ? Nous n'allons pas entrer dans l'étude de cette question en droit privé. Nous voulons seulement constater que, devant le caractère *immoral* d'un côté, *pénal* d'un autre côté, de l'indemnisation pour le préjudice moral, la responsabilité pour un tel préjudice est encore plus difficilement applicable à l'administration qu'aux personnes privées. Ajoutons à cela la difficulté de prouver et d'apprécier en argent le préjudice moral, et nous comprendrons que la doctrine soit nettement hostile à ce que l'État ou ses subdivisions soient actionnés en dommages pour le préjudice moral ¹.

Cependant il y a bien des considérations qui, croyons-nous, militent en faveur de l'admission d'une responsabilité pour le préjudice moral. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence roumaine admet en principe cette responsabilité, et cela de façon constante. Les décisions peuvent se grouper d'après leur solution.

1. — Celles qui admettent le préjudice moral alors qu'il peut être concrétisé en une valeur matérielle. Le dommage est calculé par exemple d'après la perte patri-

1. C. RARINCESCO. *Op. cit.*, p. 240, ALEXIANO. *Code adm.*, annoté, p. 703 et s.

moniale subie par les personnes que la victime avait à sa charge (Cas. I, 20 février 1915, *J. R.* 1915, p. 280. — Cas. III, n° 1458 de 1933, *P. S.* 1934, p. 183).

2. — Celles qui admettent le principe, mais repoussent au fond pour absence de preuves (Cas. I, 18 septembre 1925, *P. S.* 1926, p. 5. — Ap. Buc., 18 octobre 1925, *P. S.* 1925, p. 620. — Cas. III, 11 décembre 1929, *P. S.* 1930, p. 47).

3. — Celles qui admettent le principe et accordent les dommages (Cas. I, 12 mars 1924, *P. R.* 1925, I. 277 : « Cons. que les juges du fond ont été fondés à déduire que l'intimé, éloigné illégalement de sa fonction, a souffert un préjudice moral, et à apprécier souverainement les dommages correspondant au préjudice moral subi. » — Dans le même sens : Appel Buc., 16 février 1933, *R.* 1933, col. 14 ; Trib. Arges, 31 mars 1934, *R.* 1934, col. 1153).

§ 1. — L'ILLÉGALITÉ

C'est maintenant du fondement de la responsabilité que nous allons nous occuper. Il faut voir d'abord si l'illégalité est distincte de la faute comme base de l'obligation de réparer. On l'a soutenu en Roumanie, à tort, croyons-nous, car :

1° Toute illégalité n'emporte pas responsabilité pécuniaire, c'est-à-dire obligation de réparer le préjudice causé. L'illégalité se situe sur un plan autre que celui sur lequel se pose la question de la responsabilité.

2° Quand l'illégalité est citée à l'origine de l'obligation de réparer, c'est qu'elle constitue une faute. Ou bien que l'acte ou le fait dommageable se changent en faute s'ils s'appuient sur un acte administratif illégal.

La différence n'est pas nettement faite chez nous entre la décision exécutoire et les faits d'exécution. Ni en doctrine, ni en jurisprudence. C'est pour cela que tantôt l'acte illégal est considéré à la base de la respon-

sabilité, tantôt le fait qui, s'appuyant sur l'acte illégal, devient une faute.

Nous croyons qu'il faut faire cette distinction pour, sur le plan des principes, comprendre le fonctionnement logique, normal, de la responsabilité de droit commun fondée sur l'exception d'illégalité. Il y a illégalité du fait dommageable lui-même ; et alors on se trouve en présence d'un fait illicite par excellence, et donc d'un dommage causé sans droit. Et il y a l'illégalité de l'acte administratif, dont l'exécution a causé le dommage ; le fait d'exécution dommageable peut constituer lui-même une faute ; mais nous verrons que cela n'a pas toujours lieu.

Si la jurisprudence ne fait pas toujours cette distinction, c'est à cause des lois sur le contentieux administratif qui ont faussé, par la confusion de leur rédaction, l'interprétation orthodoxe des principes du droit commun. On a vu que la doctrine a maintes fois considéré ces textes comme instituant une responsabilité spéciale et plus restreinte à l'occasion des actes d'autorité, responsabilité fondée sur l'illégalité. Certains auteurs y voient toute une révolution en matière de responsabilité administrative ¹. Or ceci est faux !

Cette méprise est due à l'interprétation que la confusion et même l'incohérence des textes paraissent commander. A savoir que pour les actes d'autorité illégaux la voie de l'action en dommages était dorénavant fermée devant les tribunaux ordinaires suivant le droit commun, le nouveau régime instituant la voie spéciale de l'annulation devant les cours d'appel, avec comme accessoire l'action en dommages. On en déduisait que

1. RARINCESCO. *Op. cit.*, p. 231 et s. Notamment, p. 235 : « A notre avis, dans notre système actuel, l'action en responsabilité pour les actes de gestion est de la compétence des tribunaux ordinaires, d'après le droit commun, cependant que pour les actes d'autorité, elle est de la compétence de la Cour d'Appel d'après les règles spéciales prévues aux articles 4, 5, 6 de la loi pour le contentieux administratif. »

toute action en dommages à raison d'actes d'autorité ne pouvait plus être intentée que par cette voie nouvelle, et que le fondement n'en pouvait plus être que l'illégalité de l'acte qui porte atteinte à un droit. Or, comme nous verrons, cette action accessoire est simplement un moyen *rapide et commode* d'obtenir la réparation pécuniaire du préjudice en même temps que l'annulation de l'acte, et non pas une action différente et fondée sur un droit spécial. D'ailleurs la loi ne dit nulle part que la responsabilité serait entraînée par l'illégalité, mais seulement que l'instance compétente pour juger l'illégalité de l'acte dans un contentieux de l'annulation, juge aussi l'action en dommages pour le préjudice découlant de l'application de l'acte illégal.

Notre opinion est aujourd'hui confirmée par la jurisprudence qui, comme nous l'avons montré (*supra* p. 111-112) a définitivement décidé que les dommages continuent à pouvoir être demandés devant les tribunaux ordinaires. Que la voie nouvelle est une « voie en plus » mise à la disposition des particuliers, de sorte que, croyons-nous, il n'y a d'autre différence entre cette action et celle du droit commun, que la juridiction compétente. Cette situation est en tous points semblable à celle faite à la victime d'une infraction pénale : on ne peut soutenir que l'action en dommages portée devant l'instance civile soit autre que celle portée devant le tribunal correctionnel. Tout autant le réclamant a, ici, le choix de la voie de justice qu'il va employer. Tout autant la voie ordinaire et celle au contentieux s'excluent quand il est question de dommages ; c'est-à-dire quand les dommages sont demandés au contentieux *en plus* de l'annulation. Le principe *electa una via* doit s'appliquer ici aussi. Notre jurisprudence ne fait que le reconnaître implicitement quand elle décide que l'action en dommages repoussée au contentieux ne peut être à nouveau intentée devant les tribunaux ordinaires

à raison du même préjudice causé par le même acte (Cas. I, 9, mars 1934, *Rép.* 1934, col. 959).

L'action en dommages fondée subsidiairement sur l'exception d'illégalité n'a donc pas un caractère spécial : elle reste régie par le droit commun de la responsabilité pour faute. L'illégalité est simplement une détermination faite par le législateur pour faciliter la tâche du juge judiciaire dans l'appréciation de la faute de l'administration.

Si la jurisprudence décide que les dommages doivent être accordés parce que l'acte est illégal, c'est qu'elle sous-entend que cette illégalité est une faute. Très souvent elle l'affirme elle-même explicitement.

Cas. I, 20 novembre 1901, *Dreptul*, 1903, p. 240 : le préjudice provient de ce que les enchères ont été irrégulièrement tenues : il y a illégalité. La cour qualifie cette illégalité de « négligence dommageable » dont le ministère doit répondre en qualité de commettant.

Cas. III, 2 mars 1920, *P. R.* 1922, III, 159 : les tribunaux ordinaires saisis d'une demande en dommages à raison d'un acte illégal « peuvent par la voie de l'exception constater l'illégalité de cet acte et accorder des dommages *d'après le principe général de la responsabilité et de la faute* ».

Cas. I, 18 septembre 1925, *P. S.* 1926, p. 5 : « ... l'obligation de réparer les dommages, tant moraux que matériels, existe en droit, la faute provenant de l'illégalité même des actes de mise à la retraite... »

Appel Craiova, I, n° 150 de 1928, *Cur. Jud.*, 1928, p. 685 : « Par son interprétation, le ministère des Cultes n'a commis aucune faute, car il est constaté que le manque de concordance des diverses lois applicables à la cause a contribué à ce que le ministère interprétât la loi de façon erronée ; *n'existant donc aucune faute*, l'action est mal fondée... »

Voilà que l'illégalité n'entraîne pas automatiquement la responsabilité. En l'espèce, un fonctionnaire était mis à la retraite illégalement. L'acte administratif annulé au contentieux. Mais les dommages sont refusés pour le motif qu'on a vu.

Cas. III, 11 décembre 1929, *P. S.* 1930, p. 47 : « ... Pour fonder l'admissibilité en principe d'une action en dommages

causés par un acte d'autorité, il suffit de prouver qu'il s'agit d'un acte administratif d'autorité et que cet acte est illégal vis-à-vis du réclamant... »

Ainsi, comme nous verrons, l'action accessoire en dommages contre un acte d'autorité bénéficie de la détermination légale de la faute. C'est d'ailleurs la raison qui permet à la juridiction du contentieux de connaître de cette question de pleine juridiction. Remarquons aussi que ce n'est pas l'illégalité seule qui constitue cette détermination, mais le fait que l'acte illégal porte atteinte aussi à un droit du réclamant.

Trib. Putna, 11 mars 1930, *P. R.* 1930, 3, 107 : L'illégalité commise à l'occasion de la dissolution d'un conseil communal « constitue un quasi-délit à la charge de l'État qui a fait ce qu'il ne devait pas faire (*culpa in committendo*) ». La Cour de cassation, I, 9 mars 1932, *P. S.* 1933, p. 198, confirme en tous points cette décision.

D'ailleurs la formule très générale employée par la Cour de cassation montre bien que l'action en indemnité doit être appuyée *subsidiairement* sur l'illégalité de l'acte administratif ; le fondement reste la faute d'avoir commis l'illégalité : « Les dommages causés par un acte administratif d'autorité prétendu illégal, peuvent aussi être poursuivis devant les tribunaux ordinaires, *en vertu des dispositions du droit commun*, alors que l'annulation de l'acte n'est pas demandée » (Cas. Ch. réunies, 11 mai 1933, *Rep.* 1933, col. 825 déjà citée). L'action est donc fondée sur des motifs tirés du droit commun. Même si elle est fondée sur l'illégalité de l'activité administrative dommageable, « elle doit être encadrée dans l'article 998 ». (Appel Buc., 14 février 1935, *Rép.* 1935, col. 513.)

Nous croyons donc que l'illégalité de l'acte ou du fait dommageable n'est pas un fondement de la responsabilité distinct de celui du droit commun, qui est la faute. Une analyse juridique orthodoxe la décèle avec évidence ¹.

1. Tout autant doit-on repousser l'illégalité comme base d'une responsabilité pour le risque. En effet, celle-ci est une assurance. Et dès lors, ce n'est pas l'illégalité qui oblige à réparer mais le principe d'assurance : le risque de l'activité illégale. L'illégalité peut être un *élément* d'un système fondé sur le risque, un « cran d'arrêt » (comme

§ 2. — LA FAUTE

La responsabilité administrative est engagée en droit roumain par les principes du droit privé. Cette solution est, on l'a vu, commandée par les textes ; et cela de façon suffisamment précise pour qu'aucune controverse ne puisse subsister à ce sujet.

Cependant, théoriquement, l'application du droit commun à la responsabilité administrative est critiquée. La doctrine, s'inspirant des arguments qu'on a produits en France contre l'applicabilité à l'administration des articles 1382 et suivants¹ est unanime à reconnaître les difficultés auxquelles on se heurte dès qu'on essaye de concilier la lettre de ces textes avec les réalités auxquelles ils doivent s'appliquer.

Il faut reconnaître que ces critiques sont fondées. Cependant le système roumain de la compétence judiciaire ne peut se passer de ces articles. Nous ne croyons pas qu'une autre rédaction permettrait mieux l'application des principes de la responsabilité à l'État. Ces principes du code civil sont d'ailleurs très généraux et ils constituent la meilleure expression de la notion même de responsabilité, encadrée juridiquement. Ce n'est pas d'autres textes que le juge judiciaire aurait besoin pour établir la responsabilité administrative, c'est de pouvoirs. Le pouvoir de dire, comme le conseil d'État en

dit M. Duez) qui empêche l'expansion indéfinie du système, mais non le fondement.

Dans ce sens, L. TROTABAS. *La resp. de l'Etat en droit interne. Revue de droit public...*, 1932, p. 688 : « Toutefois..., on s'aperçoit que la notion d'acte illégal relève de la responsabilité subjective et non du risque. En effet, le propre de la responsabilité pour risque qui résulte de la simple relation entre un dommage et sa cause, c'est d'être encourue, abstraction faite de la qualité légale ou illégale. »

1. Un résumé clair et concis en est fait par M. Roger BONNARD dans une note sous Cas. Crim., 28 mai 1930, *Motsch contre Ville de Sarreguemines*, S. 1930, 1, 393. Cf. aussi P. DUEZ. *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1927, 1^{re} partie, chap. 1, S. 1, § 2.

France, que la responsabilité de l'administration est conditionnée par ses relations avec ses agents et par les besoins du service¹; et le pouvoir d'apprécier ces conditions². C'est ce pouvoir qui est incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs. Tant que les relations du judiciaire et de l'exécutif seront soumises à cette séparation, aucun texte ne pourra étendre la compétence du judiciaire. Car le droit à réparation n'existe qu'après que la faute a été constatée.

C'est pourquoi nos auteurs³ tout en reconnaissant que les situations du droit public sont différentes de celles de la vie privée, restent attachés à l'applicabilité des textes civils, au moins de manière subsidiaire, alors que les constructions propres au droit public font défaut. Or, nous nous efforçons justement de montrer que la question est mal posée : les constructions spéciales au droit public — en matière de responsabilité — sont l'œuvre de la jurisprudence administrative, et ne peuvent être appliquées que par elles. Le tout est de savoir si, en restant attaché à la séparation des pouvoirs — attachement qui ne peut faire de doute dans le système roumain —, les tribunaux judiciaires peuvent élaborer et appliquer des constructions juridiques à l'instar de la justice administrative. Nous croyons que la seule solution, c'est que le juge ordinaire, *tout en appliquant le droit commun*, s'inspire des principes dégagés par le Conseil d'État français en matière de responsabilité administrative. Ainsi les textes civils resteront à la base de toute responsabilité, et les constructions propres au droit public serviront à adapter ces textes aux situa-

1. T. C. 8 février 1873. BLANCO, DUGAVE et BRANCIET, S. 1873, 2, 153.

2. Cf. Les observations du comm. du gouv. Romieu dans l'affaire TOMASO GRECO, C. E. 10 février 1905, S. 1905, 3, 113.

3. NEGULESCO. *Traité...*, 1933, p. 279 en note. AN. TEODORESCO, *L'emploi par analogie des règles du droit civil dans le droit adm.*, *Revista...*, 1929, pp. 428-437.

tions spéciales à ce droit. Notamment ne sera pas considérée faute de l'agent le fait de service ; mais bien faute de l'administration.

La jurisprudence a toujours confirmé ce point de vue. Toute l'évolution vers l'application de l'article 998 (1382) à l'administration directement, en est une preuve.

1. — Nous avons déjà vu que l'illégalité constitue le plus souvent une faute imputée à la personne morale elle-même. Mais ce n'est pas seulement en cas d'illégalité que l'article 998 est appliqué directement à l'administration. Ainsi Cas. III, 19 octobre 1912, Bul. 1912, p. 1824. « Le tribunal peut apprécier que telles circonstances ont causé à la partie un préjudice, seulement par la faute de l'autorité communale ¹... » — Cas. I, 20 oct. 1920, P. R. 1922, 1, 18 semble admettre, après avoir déclaré que l'article 998 s'applique à l'État ² aussi bien qu'aux particuliers, que la responsabilité directe n'est engagée que par les *organes* de l'État : « ... on ne peut nier la responsabilité pécuniaire de l'État pour les torts causés aux particuliers par les ministres, ses représentants directs, ou par les fonctionnaires, ses préposés dans les services publics » ; cependant que le fait des agents entraînerait la responsabilité de l'article 1000.

Il est courant de voir dans les décisions de la jurisprudence l'idée de faute attachée à la personne morale ou au service public. Pour beaucoup de dispositions de l'administration centrale, il est question de la « faute du ministère » ou bien « cela faisant, le ministère n'a commis aucune faute ». L'usage de personnifier l'admi-

1. Nous avons déjà vu que Trib. Ilfov, 7 février 1928, à propos d'un acte de gouvernement a décidé que le retrait intempestif d'une autorisation dûment accordée constituait à la charge de l'État, au moins une faute ou une imprévoyance attirant la responsabilité de l'art. 998. (*Supra*, p. 131, note 1.)

2. « ... Quoique le code civil ait eu en vue surtout les rapports des individus entre eux, car les règles qu'il contient doivent s'appliquer aussi à leurs rapports avec l'État si les motifs et les faits sont identiques. » Même formule dans Cass. I, 25 janvier 1922, P. R. 1922, 3, 141.

nistration dans le langage courant a contribué à faciliter l'extension de l'article 998 aux personnes morales publiques. De la même manière on parle de faute de la « commune » ou de tel service public. Cas. I, 7 févr. 1921, *P. R.* 1923, 1, 51 : « La faute de l'administration communale est de n'avoir pas veillé au bon entretien d'un ouvrage public. »

Des décisions de la jurisprudence on peut donc constater que la faute de l'administration est admise de façon constante et très nette. La rédaction de l'article 998 en vue du fait de *l'homme* n'a pas gêné cette extension.

2. — Dans l'appréciation de la faute, la décision du juge se borne à constater que le fait de l'administration constitue une faute au sens de l'article 998. Nulle part on ne dit que la responsabilité de l'État serait différente de celle des personnes privées, ni que pour l'apprécier il faut tenir compte des besoins du service. La situation de fait n'est généralement pas beaucoup commentée. C'est le résultat d'une délibération, d'un procès intérieur, que traduit la solution du juge, mais nous ne sommes pas éclairés sur le mécanisme de son appréciation. Au cas où la responsabilité est motivée plus longuement, ces motifs ne diffèrent en rien de ceux qui fondent la responsabilité des personnes privées : « Considérant que l'autorité publique, comme tout particulier, a le devoir de se comporter dans ses relations avec les administrés avec toute la prudence et la probité nécessaires, qui ne puissent donner lieu à équivoque ou à dédit en surprenant la bonne foi des particuliers ; qu'autrement elle sera en situation de réparer le préjudice causé par de tels actes, responsabilité prévue par l'article 998 du code civil... » (Trib. Ilfov, 7 févr. 1928 *P. R.* 1928, 3, 107.)

3. — Cependant il reste nécessaire qu'une faute soit établie pour fonder la responsabilité. Si les instances jugeant le fond n'ont pas expressément constaté la

faute, la Cour de cassation admet le recours : « Considérant que la Cour d'appel ne détermine pas la faute... pour que la Cour de cassation puisse exercer son droit de contrôle en ce qui concerne les conditions requises pour l'application de l'article 998 du code civil, la solution [condamnation aux dommages] est entachée d'excès de pouvoir... » (Cas. I, 2 nov. 1934, *Rép.* 1935, col. 87). Dans l'espèce il s'agissait de dommages pour blessures causées par les organes de police à l'occasion d'une manifestation d'étudiants. Le tribunal et la Cour d'appel avaient admis l'action sans préciser la faute des agents ou du service public.

Mais dans un cas tout semblable, la Cour d'appel¹ avait longuement motivé « que l'autorité de Jassy avait d'avance été informée que les étudiants avaient décidé de manifester... qu'il était facile de prévoir que la manifestation pouvait dégénérer en agression... qu'un élémentaire devoir de vigilance imposait aux autorités de prendre des mesures énergiques... que justement le fait que le ministre de l'Intérieur invoque l'accroissement imprévisible de la masse des étudiants par des éléments étrangers prouve mieux encore la faute de l'autorité de police... qui a manqué de prévoyance..., etc... ». La Cour de cassation² a confirmé cette décision, car la faute était suffisamment — et souverainement — établie par la décision sur le fond du procès.

Remarquons combien dans l'appréciation de cette faute le juge est entré dans des considérations de fait touchant au fonctionnement d'un service public, et, qui plus est, du service de police. Nous constatons ici que la limite des pouvoirs du juge vis-à-vis de l'administration n'a pas d'autre contrôle que celui du pouvoir judiciaire lui-même, et que ce dernier n'hésite pas à censurer l'activité administrative lorsque l'équité le

1. Ap. Jassy, 9 février 1933, *Rép.* 1933, col. 464.

2. *Rép.*, 1933, col. 1721.

commande. Empressons-nous de dire que cependant, l'usage qu'il fait de ce pouvoir est très circonspect, et que les nécessités et les possibilités du service ne sont jamais ignorées, de sorte que le risque de désorganiser les services est écarté. Mais cela tient plus à un scrupule qu'ont les tribunaux de ne pas dépasser leur compétence qu'à une nette connaissance des circonstances particulières dans lesquelles agit l'administration.

Cependant cette protection implicite du service — à côté de la protection des particuliers — constitue en cette matière un contrôle de fait qui, pour être exercé sur l'activité une fois accomplie de l'administration et à l'occasion de la protection judiciaire de la victime, n'en reste pas moins un contrôle susceptible d'influencer indirectement l'action future du pouvoir exécutif. C'est là que se révèle le compromis qui concilie la plénitude de la mission du pouvoir judiciaire avec le régime administratif.

4. — Pour en revenir à la nécessité de la constatation d'une faute à la base de la responsabilité administrative, remarquons encore que maintes décisions affirment « qu'il n'est pas suffisant de soutenir que le service n'ayant pas réalisé sa mission, le préjudice est dû à une faute des agents, mais qu'il faut articuler certains faits, circonstances, situations desquels ressorte manifestement la faute de ceux-ci ¹ ». En l'espèce le ministère des Finances était obligé de poursuivre et récupérer par les organes fiscaux, une dette pour le compte d'une institution suisse. Son action fut tardive et inefficace. Mais l'institution créditrice n'avait fait aucune diligence dans les poursuites ; la simple vigilance du créancier eût hâté ces poursuites dont la lenteur, en l'absence de faute précise, ne pouvait engager la responsabilité des services fiscaux.

1. Trib. Ilfov, 31 mars 1933, *Rép.* 1733, col. 773.

Ainsi l'absence de surveillance, de prévoyance, de vigilance des services publics ne fonde la responsabilité de l'administration que si la victime du dommage n'est nullement coupable de négligence. Un banquier qui, pouvant éviter un préjudice, ne l'a pas fait, n'est pas indemnisé, car l'État n'est pas tenu à son égard de plus de diligence que lui-même n'en montre ; cependant que la victime d'un accident dû entièrement au mauvais fonctionnement du service, a une situation bien plus intéressante et l'État devra dédommager ¹.

Si la victime est elle-même en faute, par exemple un passant s'est mêlé à une manifestation interdite et a été tué, le juge appréciera et la faute de la victime se traduira par une diminution de l'indemnité accordée ².

§ 3. — APPLICATION D'UNE RESPONSABILITÉ SANS FAUTE

La base de la responsabilité administrative étant les articles 998 et suivants du code civil, et le juge ne pouvant s'appuyer sur aucune inapplicabilité de principe de ces articles à l'administration, il en résulte que tout fondement autre que la faute sera exceptionnel.

En dehors de cas spécialement prévus par la loi dans des matières où la responsabilité objective est applicable soit par une fixation forfaitaire des indemnités pour accidents causés aux employés de l'État (lois successives sur les assurances ouvrières, lois des pensions, etc...) soit par la réglementation expresse de la responsabilité pour risque (art. 286 de la loi administrative de 1925 en matière de responsabilité des communes pour dommages causés par des manifestations, troubles, attroupements ³...), les décisions sont très

1. Cass. I, 19 juin 1934, *Rép.* 1934, col. 1738.

2. Ap. Buc., 21 mars 1934, *Rép.* 1934, col. 1102.

3. Cette disposition est abrogée par les lois ultérieures, car aujourd'hui les communes n'ont plus d'attributions de police. L'État seul répond de tels dommages, mais sur la base des principes généraux.

rares qui admettent une responsabilité de l'administration en dehors de l'idée de faute. Ce n'est pas que la tendance n'existe d'instaurer une telle responsabilité. La doctrine l'a toujours soutenue, encouragée en cela par la jurisprudence du Conseil d'État français¹.

Le principe général serait l'égalité de tous devant les charges publiques, et nos auteurs croient que la responsabilité de l'administration pourrait être engagée sur cette base². Nous sommes d'avis, avec M. HAURIOU, que ce principe ne saurait fonder la responsabilité dans un cas donné³. Et que la responsabilité pour risque ne peut exister qu'exceptionnellement en vertu d'une loi⁴.

En tout cas, en Roumanie, la jurisprudence ne s'oriente pas vers une responsabilité objective de l'administration, en l'absence d'un texte précis pour des matières limitées. Tout le droit commun s'y oppose qui veut une faute à l'origine de la responsabilité.

Jusqu'à aujourd'hui on peut affirmer que le risque n'a jamais fondé la responsabilité de l'administration dans les décisions de la jurisprudence. Cette théorie a pu inspirer les juges, qui s'y sont parfois référés *in terminis*, mais toujours à côté et *en plus* d'une base délictuelle⁵. Quand c'est le fonctionnement régulier qui a

1. Quoiqu'il semble bien que la reconnaissance de la responsabilité de l'État dans le cadre juridique du risque soit pour le Conseil d'État « une manifestation de prudence ». Cf. DUEZ, *op. cit.*, p. 56.

2. NEGULESCO. *Droit adm.*, 1933, p. 272. RARINCESCO, *Contenciosul adm.*, Revista de dr. publ., 1926, p. 223 et s. DRAGOMIR, *op. cit.*, p. 33 et s., p. 60 et s.

3. HAURIOU. *Droit adm.*, 1933, p. 507.

4. HAURIOU. *Droit adm.*, 1933, p. 536.

5. Ainsi Cas. 1, 9 mars 1932, *P. S.* 1933, p. 198 : « La cour d'Appel, après avoir posé les principes que la responsabilité qui incombe aux fonctionnaires et aux particuliers en vertu des articles 998 et 999 s'applique aussi à l'État qui doit réparer les dommages causés par son fait, que ce dommage soit fondé sur une faute ou qu'il prenne la forme de la responsabilité pour risque, motive qu'on constate suffisamment la faute de l'État d'avoir dissous le conseil communal... » — Et Trib. Arges, 31 mars 1934, *Rép.* 1934, col. 1153 : « ...que cette

causé le dommage, la jurisprudence montre que « par voie de doctrine et de jurisprudence on a établi que la responsabilité de l'État peut être engagée même alors qu'il ne peut être reproché aux agents aucune faute ou mauvaise foi et qu'on ne peut découvrir aucune défec-tuosité dans le fonctionnement des services publics, etc. » Mais la solution est commandée par d'autres considérations : « Considérant qu'en l'espèce, le fonctionnement fautif du mécanisme d'État en rapport avec les droits du réclamant est évident, étant donné que l'acte du Ministère est pris en violation flagrante de la loi ¹... » Dès lors peut-on encore parler de fonctionnement régulier du service ?

Il nous est impossible de voir dans la décision de la Cour de cas. 1^{re} Ch., 23 juin 1915, citée par M. le professeur RARINCESCO, une application de la responsabilité de l'État pour risque. M. RARINCESCO ² considère que le fait qu'une sentinelle a tiré sur l'officier qui venait faire la ronde n'était pas une faute puisque le soldat a rempli la consigne. Donc le service a normalement fonctionné. Et indemniser la victime du fonctionnement normal du service est proprement l'application de la théorie du risque. M. le professeur NEGULESCO approuve cette opinion ³. Nous croyons que l'idée du risque aurait pu être appliquée à l'espèce, mais que les juridictions du fond, confirmées par la Cour de cassation, ne se sont pas engagées dans cette voie et ont constaté que l'État répondait sur la base de l'article 1000 des dommages causés par la faute de son préposé chargé d'une *gestion*

acception plus large que nous donnons à l'idée de faute se confond avec ce que les auteurs appellent la *responsabilité pour risque...* » (mais c'est, en l'espèce, le mauvais fonctionnement du service public qui engage la responsabilité de l'administration *sur la base de l'article 998*).

1. Appel Buc., 14 février 1935, *Rép.* 1935, col. 513.

2. RARINCESCO. *Op. cit.*, p. 227.

3. NEGULESCO. *Op. cit.*, 1933, p. 272.

particulière. La justice n'a pas considéré que le fait d'une sentinelle de tuer l'officier qui l'inspectait était un fonctionnement *normal* du service ! Ni même que ce fait n'était pas imputable à *faute* à la sentinelle. Il est donc oiseux de dire que la Cour serait arrivée à la même solution avec la théorie du risque¹, du moment qu'au contraire elle s'est fondée sur la faute.

En dehors de ces quelques décisions, nous n'avons trouvé aucune où il soit fait état de la responsabilité pour le risque, et aucun auteur n'en cite d'autre. Nous nous croyons donc fondé à dire qu'en droit roumain *aucune* place n'est faite par la jurisprudence à la responsabilité de l'administration sur la base de l'idée d'assurance contre le risque, ni même — comme en France² — au cas de risque exceptionnel causant un préjudice spécial.

Une place à part doit être faite à la notion juridique d'enrichissement sans cause, alors qu'il s'agit de dommages causés par l'activité normale des services publics. M. HAURIOU, écartant la théorie du risque pour les raisons qu'on a vues, y voit le principe général d'une responsabilité de l'administration en dehors de l'idée de faute. Pour M. DUEZ, le seul mérite de ce principe — à côté de plusieurs inconvénients — serait de réduire la théorie du risque, d'en « comprimer le champ d'application ».

Quoi qu'il en soit cette théorie a été appliquée par la jurisprudence roumaine dans certaines hypothèses où, toujours, il y avait *transmission* de valeur effectuée sans cause. Son champ d'application est par là forcément limité, puisque tout dommage causé sans faute ne peut être réparé même s'il est injuste en équité.

1. DRAGOMIR. *Op. cit.*, p. 35.

2. Cf. HAURIOU. Note sous C. E. 28 mars, 1919. REGNAULT DES-ROZIERES, S. 1919, 3, 25. DUEZ, *op. cit.*, 1^{re} partie, chap. H.

Voici deux exemples :

Cas. I, n° 1344 de 1922, *Jur. rom.*, 1923, p. 228 et Cas. I, n° 144 de 1922, *P. R.* 1923, 1, 160 : « L'obligation de restitution créée par l'enrichissement sans cause, comme aussi l'action *de in rem verso* qui poursuit la réalisation de cette obligation, découlent d'un principe d'équité et de droit naturel incontesté, qui, bien que non réglementé formellement, peut servir de fondement juridique à une action en justice... »

Cas. I, 14 déc. 1934, *R.* 1935, col. 215 : « Le fait des organes du parquet de séquestrer pendant des recherches qui n'ont pas abouti à la culpabilité des propriétaires, certains animaux... et l'utilisation de ces derniers... mène à une action en dommages contre le ministère de la Justice... par application du principe de l'enrichissement sans cause. »

Parfois cependant, la catégorie juridique de l'enrichissement sans cause est mal dégagée, et la conception reste confuse :

Ap. Jassy, n° 31 de 1922, *P. R.*, 1923, 2, 119 : « ... par conséquent l'État s'enrichissant sans juste cause, il doit être déclaré responsable vis-à-vis du propriétaire de la forêt, sur la base de l'article 998 du code civil, la responsabilité pour enrichissement sans cause au détriment d'autrui étant encore une responsabilité pour fait illicite. »

CHAPITRE II

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DES ACTES D'AUTORITÉ (RÉGIME DE LA LOI DE 1925)

La seconde catégorie des voies de justice dans les matières administratives est celle du recours direct institué par la loi de 1925. Nous avons déjà vu que les lois successives qui ont réglementé ce recours ont posé comme condition essentielle un droit subjectif violé par l'acte administratif d'autorité attaqué. Mais si dans les lois antérieures cette condition était toujours entendue comme une ouverture au fond, en 1925 le recours fut doté d'une physionomie plus confuse, et la question se posa de savoir si dorénavant il ne fallait pas y voir un véritable contentieux de l'annulation par les tribunaux, des actes administratifs dans leur existence objective. Ou si, au contraire, comme cela était admis auparavant, le recours mettait simplement à la disposition des particuliers lésés dans leurs droits, un moyen non seulement de recevoir une indemnité pour les dommages causés — comme cela se passe dans le contentieux ordinaire —, mais d'écarter l'acte même et de rétablir ces droits.

On se trouvait devant une imprécision analogue à celle qui existait en France pour le recours pour excès de pouvoir, alors que la quatrième ouverture était la violation de la loi *et d'un droit acquis*. En effet, tant que la condition du droit acquis fut, à côté de la violation de la loi, considérée comme une condition au fond, le recours pour excès de pouvoir garda, pour cette ouver-

ture, un caractère subjectif ; et cela, nous dit M. HAURIU, aurait suffi pour compromettre la théorie traditionnelle qui voyait dans ce recours une voie destinée à maintenir la légalité objective ¹. Finalement le conseil d'État lui-même mit fin à toute interprétation tendant à voir dans cette ouverture une voie d'action subjective, en supprimant la condition de la violation du droit acquis.

En Roumanie les différentes lois sur le contentieux administratif n'ont pas traité de même ce recours contre les actes d'autorité. En 1905 la Cour de cassation *déclarait sans force* l'acte administratif illégal contre lequel l'action était dirigée. On a soutenu que par là elle les annulait objectivement. C'était le motif pour lequel on attaquait le système comme inconstitutionnel. Cependant, comme nous l'avons montré dans la partie historique, l'effet de la décision était *relatif*. Dans ces conditions la Cour de cassation ne faisait que reconnaître le droit du particulier, et l'annulation se réduisait à l'obligation imposée à l'administration de respecter et rétablir le droit subjectif atteint. La loi de 1912, en réorganisant ce recours, l'établit avec un caractère nettement subjectif. Le pouvoir confié à la Cour de cassation ne dépassait nullement la compétence normale d'une juridiction judiciaire : la cour reconnaissant le droit du particulier et l'illégalité de l'acte, *invitait* l'administration à rentrer dans la légalité. Comme en 1905, la loi déclarait l'effet du jugement relatif.

En 1923 s'ouvre une phase nouvelle : l'institution du contentieux est désormais consacrée constitutionnellement et réglementée par la loi du 23 décembre 1925. L'article 107 de la constitution donne aux tribunaux judiciaires la compétence d'annuler les actes administratifs illégaux. Mais cette annulation ne peut être demandée que par ceux qui sont lésés dans un droit.

1. Cf. M. HAURIU, *Op. cit.*, pp. 408 et 448.

En fait, toute la nouveauté consiste à abandonner la formule contournée de 1912 sur la déclaration de l'illégalité et l'invitation faite à l'administration de retirer ou de refaire l'acte, et à déclarer : « Les organes du pouvoir judiciaire jugent si l'acte est illégal, *peuvent l'annuler*, ou prononcer des dommages civils jusqu'au rétablissement du droit lésé, ayant aussi compétence pour juger la demande en dédommagement... » La même expression est reproduite par la loi de 1925, article 6. Et ni la constitution, ni la loi, ne reproduisent la disposition sur l'effet *inter partes* des décisions. C'est sur ces expressions et sur cette omission, ainsi que sur l'intention résultant de l'exposé des motifs et des débats parlementaires, qu'on fonda la conception que les textes nouveaux instituaient un recours objectif en annulation contre les actes administratifs d'autorité. Tous les commentateurs de la loi de 1925, et notamment M. le professeur RARINCESCO, dans son important ouvrage paru dès la mise en vigueur de la nouvelle législation¹, ont considéré qu'il s'agissait d'un contentieux de l'annulation, que la loi avait eu en vue d'établir un tel contentieux, et partant critiquaient sévèrement ce qui dans cette loi ne pouvait, de toute évidence, être concilié avec le caractère objectif qu'un recours en annulation doit présenter.

C. RARINCESCO, *op. cit.*, p. 214 : « Le législateur roumain, en consacrant cette base [le droit violé] du recours direct en annulation, oublie qu'il se trouve dans une matière essentiellement de droit public et traite le recours en annulation comme une simple action du droit privé. »

Pour ce qui est de l'effet *inter partes* des décisions que la loi de 1912 consacrait en matière de contentieux administratif, et que la constitution de 1923 établit

¹ C. RARINCESCO. *Contenciosul adm. român*, *Revista de Drept public*, 1926.

pour les jugements d'inconstitutionnalité des lois, M. RÂRINCESCO, page 215, est d'avis que « cette conception constitue, en notre matière [contentieux de l'annulation] une véritable aberration juridique... » ; et page 216 : « L'erreur provient, croyons-nous, du fait que le législateur roumain ne s'est pas rendu compte que nous sommes devant un recours du droit public, *de juridiction objective*, et a traité cette matière dominé par les normes civilistes du droit privé. »

Nous sommes bien d'avis qu'il y a incompatibilité entre la nature objective du contentieux de l'annulation et celle de décisions ayant le caractère et les effets des décisions du droit privé. C'est le caractère objectif du contentieux institué par la loi de 1925 que nous contestons. Et si l'on doit parler « d'aberration juridique », elle consisterait justement, sous le régime de la séparation des pouvoirs, incontestablement affirmé par la constitution, à déférer le jugement de ce recours objectif par sa nature, aux tribunaux judiciaires.

La constitution aurait pu, bien entendu, apporter au principe de la séparation des pouvoirs cette exception qui eût consisté à faire du pouvoir judiciaire le juge des actes de l'administration. C'eût été rompre l'équilibre au profit de ce dernier et en faire en quelque sorte le supérieur hiérarchique de l'administration, car nous avons vu qu'un pouvoir judiciaire fonctionnant normalement, ne doit connaître des actes administratifs que dans la mesure où ceux-ci apportent une entrave aux droits des particuliers dont il est le garant. Cette rupture avec le principe traditionnel de la séparation des pouvoirs, la constitution de 1923 *ne l'a pas faite*. Et le manque de précision dans cette matière, l'apparente confusion des textes, ajoutés aux dispositions qui maintiennent les tribunaux dans leur fonction judiciaire, montrent bien la répugnance que le législateur constituant éprouve pour le contrôle objectif de l'administration par la justice ordinaire. Nous sommes d'avis

qu'on a sagement fait de ne pas confier ce pouvoir aux tribunaux.

Les lois de 1905 et de 1912 ont été accusées de violer la séparation des pouvoirs. Pour faire taire ces critiques on construisit le système de 1923-1925, basé sur des textes constitutionnels. Est-ce à dire que la séparation des pouvoirs est modifiée, que le principe en est compris différemment aujourd'hui ?

Nous avons vu que les systèmes antérieurs rencontraient surtout une opposition politique. La quasi-totalité de la doctrine les considérait parfaitement réguliers et nous sommes entièrement de cet avis, puisque nous avons montré que l'origine peut en être trouvée dans la manière, de tout temps admise, d'appliquer l'exception d'illégalité (v. *supra*, p. 95). Dès lors, si ces systèmes respectaient la séparation des pouvoirs, point n'est besoin aujourd'hui de supposer que le principe de cette séparation est modifié par la confirmation constitutionnelle du contentieux administratif. Cette modification existerait si le recours au contentieux administratif était un véritable recours objectif en annulation. Nous allons voir, dans ce chapitre, que son caractère, tout en différant du recours ordinaire de droit commun, reste subjectif.

§ 1. — LE SYSTÈME DE LA LOI.

RAISON D'ÊTRE DE CE CONTENTIEUX

I. — Le texte de base est l'article 107 de la constitution. Après avoir déclaré que le contentieux administratif est de la compétence du pouvoir judiciaire suivant les dispositions de la loi spéciale, cet article dispose dans ses troisième et quatrième alinéas : « Celui qui est atteint dans ses droits par un acte administratif d'autorité ou par un acte de gestion, fait en violation des lois et des règlements, ou par la mauvaise volonté des autorités administratives de résoudre une demande

relative à un droit, peut s'adresser aux juridictions judiciaires pour la reconnaissance de son droit. »

« Les organes du pouvoir judiciaire jugent si l'acte est illégal, peuvent l'annuler ou prononcer des dommages civils jusqu'au rétablissement du droit lésé, pouvant aussi juger la demande en dommages... »

L'article premier de la loi spéciale de 1925 reproduit ce troisième alinéa. Mais il ne parle que des actes d'autorité, car ceux de gestion restent, comme on a vu précédemment, dans la compétence judiciaire ordinaire.

Ce recours est donc ouvert contre les actes d'autorité illégaux. Il est fondé sur la violation d'un droit du réclamant et vise à la reconnaissance et au rétablissement de ce droit. Le but du recours est de procurer aux particuliers une protection que le contentieux ordinaire ne peut assurer car, à l'encontre des actes d'autorité les tribunaux ordinaires ne peuvent accorder que des dommages pour le préjudice causé. Ils ne peuvent ni empêcher que l'acte abusif soit exécuté, ni, s'il l'a été, remettre les choses en état, alors que cela serait encore possible, par le retrait de l'acte. Au cas où l'administré a *droit* à ce que l'autorité accomplisse un acte que la loi prévoit — autorisations, permis, délivrance de pièces, légalisations... — la décision *oblige* l'administration de faire l'acte pour satisfaire au droit du demandeur.

Il est donc évident que l'annulation de l'acte illégal n'est qu'un *moyen* d'assurer la protection des droits des administrés. Le but du recours n'est pas d'assurer le contrôle de la légalité objective des actes administratifs.

Mais alors pourquoi la condition de l'illégalité de l'acte ?

C'est parce que, s'agissant d'un acte d'autorité, le législateur a voulu que l'atteinte au droit ressorte directement de la loi. Il est des droits fondés sur des actes du commerce juridique ou sur des faits. Ceux-ci ne peuvent mener, à l'encontre des actes d'autorité, qu'à

une action du droit commun fondée subsidiairement sur l'exception d'illégalité. L'action directe visant au rétablissement, à une *restitutio*, dans le droit atteint par un acte d'autorité, n'est accordée que pour ceux des droits qui ne nécessitent pas en justice un examen compliqué au fond. Cette solution est commandée par la situation judiciaire du juge ainsi que par l'urgence qu'un tel recours comporte pour être efficace.

Ainsi la condition de l'illégalité se confond avec cette restriction de la catégorie des droits atteints qui se traduit par le fondement *lege* de ces droits.

Pas plus qu'avec le contentieux de l'annulation on ne peut donc confondre ce recours avec un contentieux de pleine juridiction, puisque tout droit atteint ne l'ouvre pas.

II. — Le but général de cette voie de justice étant le rétablissement des droits atteints par l'acte de l'administration, la décision du juge peut appeler plusieurs solutions, suivant les différentes hypothèses qui peuvent se présenter et que la loi prévoit ¹.

1. Le juge peut annuler l'acte sans plus. En général la doctrine et la jurisprudence distinguent ce cas de tous les autres. Et cela pour en faire un contentieux de l'annulation (d'après la terminologie française). Tandis que dans tous les autres cas il y aurait contentieux de pleine juridiction.

2. En cas de silence gardé par l'administration — qui n'est pas assimilé au rejet — le juge examine le droit sur lequel était appuyée la réclamation et, s'il le

1. Art. 6 : « La Cour d'appel saisie d'une telle demande [fondée sur l'art. 1] juge si l'acte est illégal, *peut l'annuler* ou peut prononcer des dommages civils jusqu'au rétablissement du droit lésé, *pouvant juger aussi la demande en dommages* soit contre l'autorité administrative appelée en justice, soit contre le fonctionnaire coupable. »

Art. 7 : « Si la justice *oblige* l'administration de *satisfaire* à la demande, de *supprimer* ou de *modifier* l'acte, la décision sera communiquée... »

trouve fondé, oblige l'administration de satisfaire à la demande.

3. Au cas où un acte administratif est pris, mais que cet acte, pour satisfaire au droit du réclamant, doit être fait autrement, le juge oblige l'administration à modifier son acte. C'est que la simple annulation ne procure pas la satisfaction du droit du demandeur. Car, dans cette hypothèse, le demandeur a droit à tel acte déterminé.

4. Enfin, le réclamant peut joindre à son action, si il y a lieu, une demande en dommages. Et cela dans tous les cas, même s'il poursuit seulement l'annulation de l'acte.

La doctrine¹ qui veut voir dans ce contentieux un recours objectif en annulation sépare le premier cas des trois autres. C'est dans ce premier cas seulement qu'il y aurait contentieux de l'annulation, les trois autres constituant un recours de pleine juridiction. La condition du droit violé deviendrait une condition de recevabilité, et le but du recours serait le contrôle objectif de la légalité des actes administratifs.

Nous restons fermement opposé à cette manière de voir. Quand nous examinerons la condition de l'illégalité de l'acte nous verrons qu'un acte illégal n'est pas

1. E. PETIT, note sous Cas. III, 16 janvier 1933, *R.* 1933, col. 26-27
NEGULESCO, *Droit adm.*, 1934, p. 420 et s. C. BOTEZ, Le contentieux administratif dans la conception du législateur roumain, *Bull. de la Soc. de lég. comparée*, 1928, p. 216 et s.

M. le professeur RARINCESCO, tout en critiquant sévèrement la « confusion » des dispositions légales qui ignorent les principes du recours en annulation, a remarqué dès le début que le recours institué par la loi de 1925 « constitue une institution hybride, car il consiste en un recours qui, par son but, — l'auteur reste attaché au caractère objectif du recours — fait partie de l'ordre juridique du droit public, mais qui a emprunté ses caractères et ses effets du droit privé » (p. 216). En 1933, il précise cette opinion (*Contentieux adm. roumain. Rapport au V^e Congrès internat. des sciences adm.*, Bucarest, 1933, p. 13) : « ... le législateur roumain a voulu créer un contentieux *sui generis*, différent des recours contentieux du droit français... »

annulé, même s'il lèse un droit du réclamant, tant que ce droit n'est pas fondé *sur le texte même dont la violation constitue l'illégalité*. Ainsi la condition du droit violé ne peut plus être considérée comme une simple condition de recevabilité. Et alors, si c'est le droit subjectif violé qui, même dans le cas numéro 1, ouvre le recours, nous ne pouvons considérer ce recours comme objectif.

D'ailleurs la loi ne distingue en aucune manière. Si l'intention a été d'instituer un contentieux objectif de l'annulation, on ne voit pas que le législateur ait traduit cette intention dans une disposition positive.

La jurisprudence aussi caractérise le recours contentieux comme un recours en annulation. Le caractère du recours de pleine juridiction n'est admis que pour le cas des dommages et pour celui du silence de l'administration¹. D'autres fois la jurisprudence déclare que l'action comporte, à côté d'une juridiction subjective (quant au droit lésé) aussi une juridiction objective (quant à la question de la légalité²). Ou bien, sans distinguer, que l'action « est seulement une action en annulation et non pas une action du droit commun, comme dans le système du contentieux de pleine juridiction³ ».

Nous croyons que la jurisprudence, influencée par la doctrine, use ici d'expressions qui pas plus l'une que l'autre n'ont d'application au recours qui nous intéresse. En effet le terme de contentieux de pleine juridiction ne peut s'appliquer aux cas de 2, 3 et 4 *supra*, car le juge ne fait que constater le droit du demandeur et obliger l'administration à respecter ce droit ainsi établi. Loin de réformer lui-même l'acte administratif, il n'im-

1. Cas. III, 25 juin 1930, *P. S.* 1931, p. 91. Appel Bucarest, V^e 24 octobre 1934, *R.* 1935, col. 542. Cas. III, 16 janvier 1933, *R.* 1933, col. 25 et la note E. PETIT.

2. Cas. III, 19 juin 1935, *R.* 1935, col. 2177.

3. Appel Buc., 12 décembre 1934, *P.* 1935, col. 724.

pose pas à l'administration de le refaire d'après ses indications, mais seulement de respecter le droit atteint. Et au fond il ne fait pas autre chose dans le cas de l'annulation¹.

C'est que ce contentieux est judiciaire de sa nature et ne peut donc être encadré dans les catégories de recours existant en France devant la justice administrative.

Ainsi les différents cas où les particuliers sont admis à réclamer, fondés sur la lésion d'un droit, contre les actes d'autorité de l'administration, n'ont pas à être séparés car ils ne fondent pas des recours de nature différente.

§ 2. — JURIDICTIONS COMPÉTENTES, PROCÉDURES, EFFETS DE LA REQUÊTE

1. — Le recours contentieux organisé par la loi de 1925 est de la compétence de la Cour d'appel du domicile du réclamant (art. 4). Nous avons vu que les lois précédentes confiaient ce recours à la Cour de cassation exclusivement. Son rôle de gardienne de l'application du droit et des questions de légalité en matière de décisions judiciaires la faisait apparaître comme spécialement compétente pour connaître des litiges suscités par des actes administratifs d'autorité, car « ces conflits se résument en débats d'ordre strictement juridiques, les faits ne préoccupant que dans la mesure restreinte de leur fausse appréciation, et cela dans des cas extrêmement rares² ».

La constitution spécifiant que le recours contentieux contre les actes d'autorité est de la compétence des juridictions judiciaires, plus n'était besoin — dans le but de ménager l'administration en l'absence de textes

1. Art. 7 : « Si la justice *oblige* l'administration..., à supprimer ... l'acte... »

2. George JULIU, note sous Cas. III, 25 juin 1924, *P. R.* 1925, 1, 126,

constitutionnels — d'avoir recours à la haute autorité morale et à la préparation technique spéciale de l'instance suprême. Cependant, « cette matière ne comportant pas l'examen de questions de fait compliquées... nécessitant l'application de la procédure commune des deux degrés de juridiction¹... », les tribunaux de première instance sont écartés et le jugement du recours confié à la juridiction supérieure de la Cour d'appel.

2. — La demande peut être faite « n'importe quand » (art. 4). Sauf les deux exceptions prévues, et qu'on verra aux fins de non-recevoir. Les taxes et frais sont ceux de la procédure ordinaire (art. 5). A la demande doit être joint l'acte administratif attaqué ou copie d'après la réclamation adressée aux autorités (art. 5). L'administration est obligée de communiquer à la Cour tout le dossier de l'affaire si l'examen en est nécessaire (art. 10).

Le réclamant et l'autorité dont l'acte émane *seront cités en justice par huissier* (art. 5) tout comme dans les procès ordinaires. L'administration centrale, dans la personne du ministre compétent ; les administrations locales, dans la personne du préfet ou du maire. De même, si la décision « oblige l'autorité administrative de satisfaire à la demande, de supprimer ou de modifier l'acte » (art. 7) elle sera communiquée par la partie intéressée, par ministère d'huissier, au chef de cette administration. Si dans un délai de quinze jours aucune suite n'est donnée à l'affaire, la procédure des dommages comminatoires peut être mise en mouvement par une demande simple qui sera examinée en chambre du conseil.

Les recours seront jugés en séance publique, d'urgence et avant toutes autres affaires.

3. — La décision de la Cour d'appel est soumise au

1. Exposé des motifs, débats parlementaires, Sénat, 1925, n° 22, p. 245.

recours en cassation (art. 11). Si ce recours est admis, la Cour de cassation « jugera l'affaire au fond, pouvant statuer même sur la demande en dommages » (art. 12). Ainsi la juridiction de cassation devient le second degré de juridiction au fond si le jugement de la Cour d'appel est annulé. Si, dans ce cas, des prodécures préparatoires et probatoires deviennent nécessaires, celles-ci seront accomplies par la Cour d'appel sur commission rogatoire ou par un membre de la Cour de cassation délégué à cet effet (art. 12).

Le recours en cassation bénéficie aussi de l'urgence et a le pas sur les autres affaires. Il suspend l'exécution de la décision attaquée en cassation (art. 11 *in fine*).

4. — En ce qui concerne les effets que la demande en justice peut avoir sur l'acte administratif attaqué, la loi ne reproduit pas l'article 68, alinéas 3 et 4 de 1912, qui décidait que l'action au contentieux suspend de droit l'acte administratif imposant la démolition d'une construction, et pour le reste seulement si le président de la Cour l'ordonnait. Cependant on est d'avis que cet article reste en vigueur, n'étant pas abrogé expressément¹.

La jurisprudence paraît assez indécise ; ses décisions sont contradictoires. Ainsi Ap. Buc. V, 12 décembre 1935 (non publiée), après divergence, suspend l'exécution de l'acte administratif jusqu'au jugement du recours ; il s'agissait d'une décision du ministre de la Santé publique ordonnant la fermeture d'une pharmacie, pour le motif qu'à la date de l'autorisation toutes les formes légales n'avaient pas été respectées. — Cependant un autre arrêt de la cour de Bucarest, 20 mars 1935, R. 1936, col. 2631, que nous retrouverons plus loin, décide que « les actes des autorités administratives étant exécutoires par eux-mêmes, la suspension ne peut en être

1. RARINCESCO. Contentieux adm. roumain, *Revista de dr. publ.* 1926, p. 655.

ordonnée par les autorités judiciaires qu'en vertu d'un texte formel de loi les y autorisant, texte qui n'existe pas ». Nous approuvons en tous points cette solution.

Ainsi la loi de 1925, loin d'édicter des règles changeant la physionomie subjective du recours, prévoit une procédure judiciaire à caractère civil. Notamment l'instruction est faite à la diligence de la partie intéressée, et la décision est rendue contradictoirement avec l'administration qui est partie en cause¹.

Cependant, tout en n'étant pas un recours objectif en annulation — dans lequel les conditions de formation du recours sont nettement séparées des moyens d'annulation de l'acte —, notre recours contentieux n'ouvre pas non plus un droit général d'action en matière administrative. Ce n'est pas une voie de droit commun, mais un contentieux institué et réglementé par une loi spéciale. L'exercice de ce recours va donc comporter des conditions spéciales. Pour suivre la doctrine roumaine nous distinguerons des conditions de recevabilité dont le défaut constitue des fins de non-recevoir et des conditions de fond.

§ 3. — CONDITIONS DE RECEVABILITÉ DU RECOURS

I. — *Fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte.*

Le recours étant ouvert aux droits lésés par des actes administratifs d'autorité, pour que ces droits soient rétablis par la suppression ou la modification de l'acte, toute action qui ne sera pas dirigée contre un acte administratif — ou contre le silence de l'administration — est irrecevable.

I. — Il faut donc qu'il s'agisse d'un acte administratif. Sont écartés :

1. Les actes législatifs, même si ce sont matérielle-

1. Dans ce sens HAMANGIU et autres... Loi du cont. adm. annotée, art. 5, n° 49.

ment des actes administratifs faits par le Parlement ¹.

2. Cependant, le budget de l'État est, en Roumanie, un acte administratif d'autorité, n'étant voté que par la Chambre des députés. De plus « il fait l'application de lois préexistantes sans créer des règles nouvelles ²... ».

3. Les actes judiciaires et ceux de police judiciaire.

Ceci est important à raison des nombreuses commissions spéciales à caractère plus ou moins juridictionnel. Suivant que leurs décisions seront jugées actes d'autorité ou actes juridictionnels, elles seront attaquables au contentieux administratif devant la Cour d'appel (qui pourra rétablir le demandeur dans ses droits), ou en cassation devant la Cour de cassation (qui ne peut que renvoyer l'affaire devant la commission).

La jurisprudence a été pendant longtemps hésitante et contradictoire. Même des actes évidemment administratifs comme les décisions ministérielles sur réclamation en matière de réquisitions ³, comme l'acte refusant une pension ⁴, comme la décision par laquelle le ministre statue « même sans compétence » sur une réclamation en matière de conflit du travail « car cet acte a tranché un litige entre particuliers ⁵ », — ont pu passer pour être des actes de juridiction.

Il semble que dernièrement la jurisprudence tend vers un système plus logique : 1° Même si certaines décisions prises par des organes administratifs ont une forme et un caractère analogues à ceux des décisions juridictionnelles, cela ne change pas le caractère administratif des organes du pouvoir exécutif, et ces déci-

1. Cf. BERTHÉLEMY. *Op. cit.*, p. 1417 : « ...la forme, en l'espèce, couvre le fond. »

2. Appel Buc., 6 juin 1934, *R.* 1934, col 2410.

3. Cas. III, décision, n° 7 de 1927, *Jur. rom.* 1927, p. 232.

4. Cas. III, 21 septembre 1928, *P. S.* 1928, p. 784.

5. Cas. III, n° 110 de 1929, *Jur. rom.* 1929, p. 89.

sions restent administratives ¹. — 2° Cependant si le caractère juridictionnel est clairement défini par la loi, ces autorités deviennent des organes du pouvoir judiciaire, car la loi peut établir de tels organes ² (article 101 de la constitution). — 3° Enfin les décisions « définitives » rendues par les diverses commissions — notamment par les conseils de discipline — ne sont ni actes d'autorité ni actes juridictionnels ; ce sont de simples avis qui préparent l'acte administratif ³.

II. *L'acte administratif doit être un acte d'autorité.*

1. Sont écartés les actes de gestion. Contre ceux-ci il y a le recours ordinaire dans lequel les tribunaux sont compétents de juger l'opération administrative de gestion. Nous avons déjà indiqué que le critérium de distinction tend à cantonner les actes de gestion dans la catégorie des actes contractuels (v. *supra*, p. 93).

2. Les actes de gouvernement qui ne sont susceptibles d'aucun recours contentieux.

3. L'article 3 de la loi cite en plus, comme non attaquables au contentieux :

a) Les actes relatifs à l'exercice de la tutelle administrative et du contrôle hiérarchique.

Remarquons que cet article ne peut viser les recours formés par les particuliers, puisque l'approbation tutellaire ou hiérarchique forme un tout avec l'acte administratif soumis à ce contrôle avant de devenir exécutoire. Pour ce qui est des autorités en tutelle, le système des comités de révision a institué un recours spécial que nous examinons au chapitre IV.

b) Les actes d'administration des présidents des chambres.

1. Cas. III, n° 2078 de 1933, *P. R.* 1934, 1, 141. Cas. III, 21 février 1935, *R.* 1935, col. 1993.

2. Cas. ch. réunies, 11 avril 1935, *Jur. gén.*, 1935, p. 767.

3. Cas. ch. réunies, 26 avril 1928, *P. R.* 1928, 3, 89.

Cette disposition, restreignant le droit au recours établi par l'article 107 de la constitution, a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour de cassation¹ et comme telle n'a pas d'application.

II. — *Fin de non-recevoir à raison de la qualité de la partie.*

La condition de la qualité de la partie est la même qu'en droit commun. C'est la capacité d'ester en justice et l'intérêt à l'action (*pas d'intérêt, pas d'action*).

L'intérêt est donc inséparable du droit revendiqué au fond par le demandeur. La cause et l'action étant l'atteinte à ce droit et non le vice de l'acte, l'intérêt qu'on doit avoir à intenter le recours est défini par rapport à ce droit et non, comme dans le recours pour excès de pouvoir, par rapport à la situation que l'acte illégal a modifiée. Il se rattache au principe très général de l'*abus du droit*².

III. — *Fin de non-recevoir à raison de l'inobservation des formes et délais.*

Nous avons vu au paragraphe précédent que le recours est soumis à des formes qui sont celles du droit commun. Il n'y a rien à dire de spécial.

En ce qui concerne les délais, l'article 4 précise que le recours n'est assujetti à aucune condition³.

Cette disposition, généralement critiquée par la doctrine qui considère ce recours comme une voie objective d'annulation des actes illégaux, est une preuve de plus que le législateur a traité cette matière comme un con-

1. Cas. ch. réunies, 6 juin 1929, *P. R.* 1929, 1, 161. Cas. ch. réunies, 15 novembre 1934, *R.* 1935, col. 577.

2. Cf. M. HAURIOU. Cahiers de la nouvelle journée, n° 23, *Police juridique et fond du droit*, p. 188.

3. L'expression employée par la loi peut se traduire « n'importe quand », « à toute époque ».

tentieux subjectif. Il faut l'entendre comme consacrant la prescription trentenaire.

Deux exceptions sont prévues à cette règle générale :

1^o Les recours formés par les fonctionnaires, jouissant de la *stabilité* ou de l'*inamovibilité*, contre leur remplacement, transfert ou mise à la retraite, illégalement décidés, ne sont recevables que dans un délai de trente jours à partir de la publication au *Journal Officiel* de l'acte administratif attaqué (art. 4). La notification de l'acte, ou la connaissance que l'intéressé en a eu, sert, à défaut de publication, de point de départ au délai ¹.

2^o Au cas de silence gardé par l'administration sur la réclamation relative à un droit, le recours peut être intenté pendant trente jours après l'expiration d'un premier délai de trente jours à courir de la date où la réclamation a été enregistrée ou notifiée par huissier (art. 4).

Quid, au cas où une nouvelle réclamation est adressée à l'administration sur la même question ? Ce renouvellement de la demande fait-il courir un nouveau délai de soixante jours ?

La doctrine le pense ², car rien n'empêche qu'on renouvelle un recours gracieux adressé aux autorités administratives. Cependant la jurisprudence est en sens contraire ³. Le motif est que le texte précis de la loi, disposant, par exception à la règle générale, que le recours est enfermé dans un délai déterminé, serait par là éludé. En effet, du point de vue de la loi positive, cette solution est juste. Il n'en reste pas moins que la disposition légale est critiquable. Il n'y a aucune raison pour

1. Cas. III, 17 juin 1925, *Jur. gén.*, 1926, p. 87.

2. NEGULEICO. *Op. cit.*, 1934, p. 415 et s. RARINCESCÒ, *op. cit.*, *Revue du droit public*, 1926, p. 630. NEGULESCO. Le silence de l'adm., *Revista...*, 1935, p. 5-22.

3. Cas. III, 1^{er} avril 1925, *Jur. gén.*, 1925, p. 950. Cas. III, 12 décembre 1934, *R.* 1935, col. 274.

enfermer le recours contre le silence dans un délai qui n'atteint pas le recours contre les décisions administratives explicites.

IV. — *Fin de non-recevoir*
résultant de l'existence d'un recours parallèle.

La loi ne parle nulle part de cette condition, ni ne laisse supposer que le recours au contentieux administratif aurait un caractère subsidiaire.

Cependant la jurisprudence a toujours considéré que l'existence d'une autre voie de recours, procurant au demandeur la même garantie de son droit, constituait un recours parallèle justifiant une fin de non-recevoir.

Ne seront donc considérés recours parallèles que ceux ouverts par des lois spéciales dans des matières déterminées et conduisant au rétablissement effectif du demandeur dans le droit qu'il invoque.

Déjà sous les lois antérieures cette fin de non recevoir était admise¹. Sous le régime de la loi de 1925 cette jurisprudence n'a fait que se préciser :

Cas. III, 30 mai 1928, *P. S.* 1928, p. 778 : « L'action au contentieux administratif est une voie extraordinaire d'annulation des actes d'autorité qui n'est ouverte que si le particulier lésé n'a pas la possibilité d'obtenir l'annulation de l'acte et le rétablissement dans ses droits par d'autres voies indiquées par les lois. »

Et Cas. ch. réunies, nos 29 et 30 de 1929, *P. S.* 1929, page 579 : « ... Le législateur du contentieux n'a fait aucune mention des droits auxquels était déjà ouverte une voie permettant d'attaquer l'acte arbitraire, *car cela était inutile*, et il n'a légiféré que pour les droits pour lesquels n'était pas ouverte de voie de défense² ».

1. Cas. III, 319 de 1907, *Bul.* 1907, p. 1850 ; Cas. III, 443 de 1912, *Bul.* 1912, p. 1850 ; Cas. III, 701 de 1923, *Jur. gén.*, 1923, p. 494, citées par HAMANGIU, art. 6, nos 4, 5, 7.

2. Ainsi en matière d'élection la voie des contestations devant les

§ 4. — CONDITIONS DE FOND

Au fond, le recours est ouvert aux *droits violés* par un acte d'autorité illégal ou par le silence que garde l'administration à l'égard d'une réclamation relative à un droit.

La doctrine a vu là deux conditions distinctes. D'autant plus qu'elle considère l'atteinte au droit du demandeur comme une condition de recevabilité, et l'illégalité de l'acte comme l'ouverture au fond. Cette ouverture, elle l'analyse en plusieurs moyens d'annulation à l'instar des ouvertures au recours pour excès de pouvoir.

Nous rejetons cette conception : 1^o parce que la condition du droit violé ne peut être dans le système roumain qu'une condition au fond ; 2^o parce que la notion de l'illégalité ne doit pas être comprise comme l'est en France celle d'excès de pouvoir ; 3^o parce que la condition du droit violé et celle de l'illégalité de l'acte ne sont que les éléments qui, se complétant l'un par l'autre, précisent le fondement tout spécial que la loi impose au recours en question.

I. — *Le droit atteint.*

1. L'atteinte portée à un droit du demandeur est la condition très générale requise pour la formation de tout contentieux judiciaire. Elle a toujours été nécessaire en Roumanie. Cette condition est suffisante pour maintenir le caractère subjectif du recours.

Cependant, il a existé pendant un temps, une tendance de la jurisprudence d'élargir la notion du droit

juridictions prévues ferme la voie du contentieux (Cas. III, 13 janvier 1931, *P. S.* 1931, p. 353).

En matière de décharge ou de réduction d'impôts la loi prévoyant une voie juridictionnelle spéciale (Loi sur le droit de timbre de 1927, art. 52), le recours contentieux n'est pas recevable (Cas. III, 8 avril 1935, *R.* 1935, col. 1278).

jusqu'à admettre des recours fondés sur un intérêt direct et personnel. Cette tendance était inspirée par la doctrine qui voyait dans la loi de 1925 la base d'un recours objectif en annulation des actes administratifs illégaux.

Dans le rapport présenté à la Chambre par M. DJUVARA, il est dit : « D'après l'interprétation antérieure de la Cour de cassation... le recours peut être intenté non seulement pour la lésion d'un droit proprement dit, mais encore pour celle d'un intérêt direct et personnel. Dans cette conception notre contentieux en annulation tend à prendre l'extension unanimement admirée qu'il a prise depuis longtemps en France ¹. »

Cette conception est à l'origine de la distinction que fait la doctrine entre le contentieux de l'annulation et le contentieux de pleine juridiction (v. *supra*, p. 171). Pour le premier, le droit atteint étant une condition de recevabilité, l'extension de cette condition au simple intérêt froissé paraît normale ².

Mais la jurisprudence invoquée ne nous paraît pas fonder cette conception. Il était question du droit que des candidats régulièrement inscrits à un concours pour l'occupation d'une chaire vacante à l'Université, pouvaient avoir pour attaquer l'acte irrégulier du ministre nommant une autre personne. La Cour de cassation admit que les candidats avaient « un droit *éventuel*, un droit soumis à certaines conditions ³ ». Dans une espèce analogue la cour dit : « Le requérant ne prouve pas... une atteinte à un droit, même *éventuel*... et les simples intérêts non garantis par la loi, si sérieux fussent-ils, ne peuvent fournir une base au recours contentieux ⁴. »

1. Cité par C. TUNESCO. Loi du content. adm., Buc., 1926, p. 127.

2. Cela ne l'est pourtant pas du tout devant des juges judiciaires.

3. Cas. III, 24 novembre 1920, *P. R.* 1922, 1, 26 ; Cas. III, 22 décembre 1920, *P. R.* 1922, 1, 298.

4. Cas. III, 21 janvier 1925, *P. R.* 1925, 3, 36.

Les décisions des instances de fond ont admis expressément l'intérêt direct et personnel ¹, mais ces arrêts sont restés isolés.

Aujourd'hui la jurisprudence considère l'atteinte à un droit comme une condition essentielle : « Considérant que par les droits susceptibles d'être atteints par des actes administratifs illégaux, le législateur a compris les situations juridiques personnelles et individuelles que la loi garantit par l'obligation imposée aux autorités administratives de les respecter ²... »

2. — L'atteinte au droit, au sens de l'article premier, ne consiste pas nécessairement en un dommage déjà souffert ; celui-ci, s'il existe, sera jugé accessoirement. Elle consiste en ce que l'acte d'autorité va à l'encontre du droit du demandeur ; en ce qu'il y a contradiction entre l'acte administratif — exécutoire par définition — et le droit subjectif que l'exécution de l'acte atteindrait. Cette question est jugée en droit, indépendamment de la situation de fait résultant de l'exécution de l'acte administratif.

Cette situation de fait sera examinée quant aux *mesures* à prendre pour rétablir le droit atteint : simple annulation de l'acte, annulation et dommages pour le préjudice déjà subi, ou seulement des dommages si l'acte est entièrement consommé. Le juge peut même obliger l'administration à *modifier* son acte dans le sens exigé par le droit du demandeur.

Mais pour fonder le recours il est suffisant que l'acte administratif soit *susceptible* de causer un tort au réclamant. Le dommage matériel seul est nécessairement lié à l'*exécution* de l'acte. L'atteinte au droit subjectif peut provenir, du moins dans le système roumain ³, de

1. Appel Cernautzi, 18 novembre 1926, *P. S.* 1926, p. 883.

2. Cas. III, 8 février 1933, après diverg., et la note de M. An. TEODORESCO, *R.* 1933, col. II. Dans le même sens : Cas. III, 22 juin 1934, *R.* 1934, col. 1796 ; Cas. III, 27 novembre 1935, *R.* 1936, col. 2967.

3. En France, la décision exécutoire entachée d'excès de pouvoir

la seule existence de la décision exécutoire. La raison de cette particularité est facilement décelable dans le but même que la loi poursuit : permettre que le particulier atteint par l'acte administratif soit *remis dans ses droits*. Il est donc normal que pour cela on n'attende pas que l'atteinte au droit se transforme en un dommage qui serait réparable seulement par compensation. Toute la procédure d'urgence appliquée à ce recours vise à assurer ce rétablissement effectif.

3. Si le droit atteint est une condition nécessaire pour fonder le recours, elle n'est pas suffisante. Il faut encore que le droit découle directement d'une disposition de la loi.

Un droit subjectif peut avoir une origine contractuelle, délictuelle, ou légale.

Un droit né d'un contrat ne peut fonder un recours direct contre un acte d'autorité qui y porterait atteinte. Il n'aura que le recours du droit commun¹. Cela est normal, car les droits contractuels sont généralement atteints par des actes de gestion ou par des faits d'exécution. En tout cas c'est une question de fond non susceptible d'être tranchée dans un recours direct contre l'acte d'autorité qui éventuellement porterait atteinte à un tel droit².

Ici une remarque s'impose. Souvent cette condition du fondement légal du droit atteint passe inaperçue. C'est quand un acte qui de sa nature est un acte d'autorité — puisqu'il consiste en une décision exécutoire unilatérale — est considéré comme étant un acte de

ne peut fonder qu'un recours objectif en annulation. Le contentieux subjectif est toujours fondé sur des faits d'exécution. Cf. HAURIOU, *op. cit.*, 1933, p. 395 et 458.

1. Cf. NEGULESCO. *Op. cit.*, 1934, p. 412. HAMANGIU et autres, *op. cit.*, art. 6, n° 636-640, et la jurisprudence citée.

2. Cas. III, 21 octobre 1925, *Jur. gén.*, 1926, p. 210 : « Ces droits ne peuvent être poursuivis et satisfaits que par la procédure ordinaire comme tout droit contractuel, et non par la voie exceptionnelle du recours contentieux. »

gestion et comme tel non attaquable au contentieux administratif, alors que le vrai motif est que le droit lésé est de nature conventionnelle. Ainsi « ... bien que l'acte ou le refus de l'administration ait parfois la forme extérieure d'un acte d'autorité (décret, décision, etc...), toutefois, l'acte ne faisant *que reconnaître ou nier des droits nés de conventions...* est un acte de gestion soumis au contrôle des juridictions ordinaires ¹ ». — Le refus de payer un salaire est un acte d'autorité ²; mais si l'agent est un employé et non un véritable fonctionnaire public, son droit est basé sur l'engagement et non sur la loi — même s'il est légalement nommé — et l'acte sera de gestion ³, etc...

De même le droit fondé sur un fait délictuel ouvre un contentieux de droit commun. Cela est évident puisque dans ce cas l'action vise la réparation d'un préjudice et non le rétablissement d'un droit.

Il reste que, pour fonder le recours, on doit justifier d'un droit légal, c'est-à-dire découlant directement d'un texte de loi ⁴. Et cela parce que les actes d'autorité ne doivent trouver une limite que dans la loi. — Mais alors pourquoi analyser cette limitation légale de l'activité administrative en une restriction du droit qui ouvre le recours, puisqu'une deuxième condition, l'illégalité de l'acte, remplira cet office? Parce que, comme nous verrons, l'illégalité aussi subit une restriction : pour qu'elle soit retenue, il faut que le texte même, violé par l'acte administratif, *confère un droit au réclamant*.

La jurisprudence est dans ce sens incontestablement :
Cas. III, déc. 558 de 1928, *Jur.-rom.*, 1928, p. 420 :

1. Cas. III, 27 septembre 1933, *R.* 1933, col. 1922.

2. Cas. III, 29 février 1908, *P. R.* 1928, 3, 62; Cas. III, 12 février 1936, *R.* 1936, col. 3267.

3. Cas. III, 11 mars 1935, *R.* 1935, col. 1099.

4. En un sens tous les droits sont légaux puisqu'ils existent en vertu de normes juridiques.

« La loi parlant de droits lésés, se réfère aux droits des particuliers que ceux-ci détiennent directement d'une loi ou d'un règlement, droits qui ne sont aucunement contestés comme tels ¹... »

Cas. III, 10 juin 1929, *Jur. rom.*, 1929, p. 440 : « De l'article 1 de la loi du contentieux administratif il résulte que le droit d'action... est conditionné par l'existence dans la personne du demandeur, d'un droit *incontestable* ».

Toute une série d'arrêtés ² décident que les droits au sens de l'article 1 « doivent être garantis par les lois par l'obligation imposée à l'autorité administrative de les respecter ».

Le droit fondé sur l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'administration par une décision de justice, est assimilé au droit légal ³. De même le droit « acquis » fondé sur une décision antérieure de l'administration ⁴.

II. — *L'illégalité de l'acte.*

1. — La condition de l'illégalité de l'acte a été, dans la conception du législateur de 1925, l'élément objectif qui allait permettre aux organes judiciaires d'obliger l'administration à annuler ou à modifier ses actes d'autorité, alors qu'un droit du demandeur serait atteint par ces actes. Car ces actes ne peuvent trouver devant eux d'autres limites que la loi. « L'annulation est la conséquence logique de la constatation que l'acte attaqué est en contradiction avec la norme objective ⁵. »

Cependant la mission normale du pouvoir judiciaire n'est pas celle d'un contrôle objectif, mais de dire le

1. De même Cas. III, 12 novembre 1934, *R.* 1935, col. 4.

2. V. *supra*, p. 184, note 2.

3. Appel Buc., 31 janvier 1935, *R.* 1935, col. 494.

4. Cas. III, 15 octobre 1934, *R.* 1935, col. 82. Cas. III, 21 janvier 1935, *R.* 1935, col. 799.

5. NEGULESCO. *Droit adm.*, 1934, p. 455.

droit à l'occasion d'un litige. Il a donc été reconnu et décidé, que la justice ne peut être saisie que par celui qui peut justifier d'un droit.

Nous avons montré que le but du recours est de rétablir le droit subjectif atteint, et que dès lors le caractère du recours est nécessairement subjectif. A quoi répond alors la condition de l'illégalité ?

Nous avons indiqué qu'on considère généralement — malgré les dispositions précises de l'article 1 — que le fondement de la décision du juge est l'illégalité et que le droit du demandeur est une condition de recevabilité.

Dans cette conception on analyse l'illégalité en quatre moyens d'annulation qui sont les éléments constitutifs de l'excès de pouvoir : incompétence, violation des formes, violation de la loi, détournement de pouvoir.

Alors que le recours était de la compétence de la cour de cassation — et en l'absence d'un fondement constitutionnel — sa physionomie restait assez vague, et on pouvait le considérer comme censurant l'excès de pouvoir dans les actes administratifs d'autorité. Car la loi de 1912 le traitait comme un recours en cassation. Ne précisait-elle pas que la cour pouvait seulement inviter l'administration à refaire l'acte déclaré illégal ? D'ailleurs l'article 32 alinéa final, déclarait que « les *demandes en cassation* au cas de l'article 5, paragraphe III [contre les actes administratifs d'autorité] seront reçues pour excès de pouvoir, incompétence, etc... ». Bien que l'article 5 en question citât seulement la violation de la loi.

En tout cas avec le système de la constitution actuelle et de la loi de 1925 la notion d'excès de pouvoir n'est plus compatible avec notre recours. Celui-ci est jugé dans une instance de fond, cependant que la loi ne parle plus que de l'illégalité. Or, si celle-ci peut — et c'est un problème ! — être comprise dans l'excès de pouvoir, ce dernier ne peut être ramené à l'illégalité.

Dès lors, l'analyse des divers moyens d'annulation

qui est, en France, nécessaire pour préciser la notion très souple d'excès de pouvoir — surtout maniée par la justice administrative —, *devient inutile* dans le système roumain (ou tout au moins d'un intérêt purement théorique). La condition de l'illégalité étant par elle-même suffisamment précise.

2. — Mais il y a autre chose. De même que tout droit atteint ne peut fonder de recours, toute illégalité de l'acte ne peut être discutée par le juge. Cela est si évident qu'il n'y a pas à le démontrer. En effet tout acte administratif est déjà illégal s'il porte atteinte à un droit fondé directement sur la loi. L'illégalité sera ainsi toujours une illégalité de fond. Ceci explique qu'on ne trouve pas dans la jurisprudence d'arrêt annulant au contentieux pour illégalité formelle, car en droit roumain on ne reconnaît certainement pas aux particuliers un droit subjectif aux formes ou aux règles de compétence imposées par la loi aux actes administratifs. Dès lors ces actes irréguliers ne peuvent être attaqués au contentieux, puisqu'ils ne portent atteinte à aucun droit. Inversement, dès qu'un acte d'autorité porte atteinte à un droit légal, la condition de son illégalité est remplie et il n'y a pas à chercher plus loin.

Cela apparaît nettement dans le recours dirigé contre le silence gardé par l'administration à l'égard d'une réclamation relative à un droit légal. Pour fonder le recours dans ce cas, la loi se borne à exiger un droit « garanti par une loi ou un règlement ¹ » à ce que l'administration satisfasse à la demande. C'est que l'illégalité est *implicite* et ne saurait être fondée que sur l'atteinte portée au droit légal du réclamant.

La jurisprudence montre clairement que l'illégalité qui n'est pas en même temps la violation d'un droit n'a pas à être examinée en justice. Il était question

1. Cas. III, 12 novembre 1934, *R.* 1935, col. 1.

d'un fonctionnaire ne jouissant pas de la stabilité¹ : « ... l'autorité ne pourrait être contrainte par la justice à réintégrer un tel fonctionnaire, même si elle l'avait révoqué ou transféré par un acte vicié ou par un organe incompétent, l'injonction de la justice étant, en pareil cas, sans effet vu le droit incontesté de l'autorité administrative de refaire l'acte régulièrement et de s'opposer ainsi légalement à la réintégration du fonctionnaire... ». Le demandeur n'a qu'un droit au salaire dans l'intervalle entre la révocation illégale et la révocation éventuelle légalement faite. Ce droit ne peut être porté que devant la justice ordinaire.

Pour ce qui est du détournement de pouvoir, cette notion excède celle d'illégalité. Les rares décisions où la doctrine a voulu voir et où la jurisprudence cite cet élément de l'excès de pouvoir, il n'est question en fait que d'une atteinte détournée aux droits du demandeur. — Ainsi Buc., déc. 146 de 1926, *Bull. des Cours d'appel*, 1926, p. 285, confirmée en cassation, décide que la délégation donnée à un fonctionnaire inamovible — légale en principe — d'inspecter en province et de rapporter au ministre, atteint *son droit à l'inamovibilité* si elle l'oblige à une enquête générale et à une absence prolongée de son poste. — Appel Constantza, 5 févr. 1935, *R.* 1935, col. 994 : « Un fonctionnaire subalterne ne peut refuser une délégation... tant que cette délégation ne modifie pas sa fonction et n'atteint pas ses droits à la stabilité ou à l'inamovibilité, ce qui mènerait à un détournement de pouvoir. »

III. — *Précision résultant de ces deux éléments.* *Véritable fondement du recours.*

Des deux éléments que nous avons examinés on peut voir que l'action ne peut être admise qu'au cas où l'illé-

1. Cass. III, 19 novembre 1934, *R.* 1935, col. 458.

galité même de l'acte constitue une atteinte à un droit ; il ne suffit pas que l'acte illégal cause cette atteinte.

Ainsi les deux conditions posées par la loi se combinent intimement, chacune précisant et restreignant l'autre. Finalement elles se confondent en une seule qui a deux faces, suivant qu'on la regarde du côté du demandeur ou du côté de l'acte attaqué. Car cette condition est la même, qu'on l'analyse comme l'atteinte portée à un droit subjectif fondé *lege*, ou comme la violation par l'acte administratif d'une disposition de loi conférant un droit subjectif.

On a pu, à cause de ce double point de vue, considérer que la loi de 1925 institue un véritable recours en annulation, avec toutefois cette particularité qu'un droit et non plus un simple intérêt est exigé comme condition de recevabilité. Cette conception nous paraît absolument erronée parce qu'incompatible avec le fonctionnement du recours résultant des dispositions de la loi. Car ces deux conditions ne peuvent jamais être indépendantes l'une de l'autre, comme le seraient des conditions de recevabilité et des conditions de fond. Mais de plus elle est inconciliable avec le caractère judiciaire du juge et avec la raison d'être du recours.

Nous croyons donc que le caractère spécial de la condition de fond doit être interprété comme une restriction de la condition générale de tout recours *subjectif* : le droit atteint dans la personne du demandeur.

§ 5. — EFFETS DE LA DÉCISION. — QUE CE RECOURS N'ATTEINT PAS LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

1. — Nous croyons avoir suffisamment établi le caractère subjectif du recours ouvert par la loi du 23 décembre 1925 ¹. Ce caractère est commandé par la condition

1. M. le professeur Rarinceco, qui a fait une critique sévère de la loi, reconnaît formellement ce caractère : « Il s'ensuit que le conten-

de l'atteinte à un droit subjectif, qui est essentielle.

Mais de plus, à notre avis, le juge n'annule pas l'acte comme on l'a prétendu :

a) En effet si l'article 6 emploie cette expression, l'article 7 dit clairement que le juge *oblige* l'administration de satisfaire à la demande, de supprimer ou de modifier l'acte...

b) Le caractère judiciaire du juge et de la décision s'oppose à ce que le juge puisse « annuler » un acte de l'administration. On ne conçoit pas que le pouvoir judiciaire puisse annuler un acte administratif, car par définition il n'a pas de prise sur lui : l'acte administratif, pour exister et produire tous ses effets, n'a pas besoin d'une décision de justice. — Donc, que la justice invite l'administration à retirer son acte (comme en 1912) ou que la justice « annule » (comme en 1925), c'est toujours un ordre donné à l'administration — sous la contrainte des dommages comminatoires —, d'avoir à rétablir le demandeur dans son droit par le retrait ou la modification de l'acte, suivant le contenu de ce droit.

La jurisprudence a récemment confirmé cette manière de voir. Appel Buc. II, 20 mars 1935, *R.* 1936, col. 2631 : « De toute l'économie de la loi pour le contentieux administratif il résulte que les Cours d'appel jugeant au fond les actions dirigées contre les actes administratifs d'autorité faits en violation des lois, ne peuvent prononcer directement l'annulation de ces actes illégaux mais, conformément à l'article 7, constatant que l'acte est illégal, peuvent obliger l'autorité administrative à l'annuler ou à le supprimer... »

C'est pourquoi nous croyons que la décision ne peut

tieux administratif créé par la loi de 1925 se présente tout d'abord comme un recours subjectif, comme un moyen de protection des droits particuliers et qu'il n'apparaît comme un moyen de rétablir la légalité que d'une manière indirecte et seulement dans la mesure où ces droits sont lésés » (*Rapport au V^e Congrès international des Sciences administratives*, 1933, p. 9).

avoir d'effet qu'*inter partes*. Si l'administration exécute de bon gré la décision, l'acte administratif est bien annulé dans son existence objective, *erga omnes*, mais par l'administration elle-même. D'ailleurs ce retrait de l'acte ne peut porter atteinte aux droits acquis des tiers.

— Si l'administration n'exécute pas, seul le demandeur, partie au procès, peut ouvrir la procédure de la contrainte. Un tiers ne pourrait invoquer la décision d'annulation, car pour agir contre un acte d'autorité il lui faut justifier de l'atteinte à son droit, donc former un nouveau recours pour son compte.

Quelques arrêts de la jurisprudence admettent en principe l'effet *erga omnes* de la décision sur recours au contentieux administratif, et cela même pour le recours intenté contre le silence de l'administration¹ qui est considéré même par la doctrine qui admet le caractère objectif du recours, comme constituant un cas de contentieux de pleine juridiction ! Mais en dehors de cette confusion évidente, la jurisprudence n'est pas pertinente, car au fond ce n'est pas l'effet *erga omnes* qui commande la décision, mais l'absence d'un droit du deuxième réclamant. En l'espèce, l'administration a été obligée d'accorder une autorisation d'ouvrir une pharmacie. La décision est exécutée après la publication d'une loi modifiant les conditions requises pour le fonctionnement de ce commerce. Recours d'un tiers pharmacien contre l'acte administratif accordant la première autorisation, admis. La Cour de cassation décide que cette deuxième décision viole l'autorité de la chose jugée, alors qu'en vérité la loi intervenue ne créait pas un droit pour le deuxième réclamant d'attaquer une autorisation régulièrement rendue sous l'empire de la loi ancienne. Si le demandeur avait pu justifier d'un droit, la première décision n'aurait pu le lui enlever. Il n'y avait donc pas à s'attacher à un

1. Cass. III, 19 juin 1935, R. 1935, col. 2177.

prétendu effet *erga omnes* de la première décision.

2. — Ainsi, par tous ses caractères, ce recours est absolument conforme aux principes constitutionnels de la mission du pouvoir judiciaire. Ce n'est pas une révolution dans notre droit. Il était contenu en puissance dans l'application si étendue qui a été faite, dès 1866, de l'exception d'illégalité. Les pouvoirs nouveaux accordés au juge sont plutôt la conséquence de ce principe que le judiciaire est le protecteur des droits des particuliers. Ils ne font que rendre cette protection plus efficace.

Mais le juge n'entre pas plus avant dans l'*appréciation* de l'activité administrative. Que l'illégalité des actes administratifs soit examinée dans le contentieux ordinaire par voie d'exception, ou directement dans ce contentieux spécial, la compétence du juge n'est pas plus grande. Ce que le juge examine, ce sont des actes et des droits fondés directement sur la loi ; les faits ne sont examinés qu'exceptionnellement, quand ils comportent une violation de la loi ¹. Cela fait que la décision du juge a un caractère de *détermination légale*.

Encore moins le juge empiète-t-il sur le domaine de l'administration active : non seulement il ne peut se substituer à elle en réformant ou en faisant lui-même l'acte, mais il ne peut même pas annuler cet acte. Car cela supposerait un pouvoir hiérarchique, si évolué, si juridictionnalisé fût-il. Les organes judiciaires n'ont jamais eu un tel pouvoir en Roumanie.

1. La formule constante de la jurisprudence est : « ...l'illégalité d'un acte administratif peut résulter non seulement de l'inobservation des formes légales, mais aussi de l'erreur dans la constatation, l'appréciation ou la qualification juridique des faits... » (Cass. III, 19 octobre 1927, *P. R.* 1928, 3, 5. Appel Buc., V, 24 octobre 1934, *R.* 1935, col. 542.)

CHAPITRE III

LES JURIDICTIONS SPÉCIALES

La troisième catégorie de recours juridictionnels ouverts contre l'administration est constituée par les divers contentieux prévus par les lois spéciales dans des matières administratives déterminées.

Nous avons déjà vu dans la première partie (*supra*, p. 114) que, dans le système roumain de séparation des pouvoirs judiciaire et administratif, l'institution de ces juridictions spéciales est une solution au problème du juge qui aura à connaître, *avec pouvoirs de pleine juridiction*, des litiges suscités par l'activité de certains services publics. Les juridictions spéciales constituent, en Roumanie, une institution née de nécessités pratiques, et non pas de conceptions d'ordre théorique¹. C'est pourquoi le système de ces juridictions n'est pas unitaire mais, créé au fur et à mesure que la nécessité s'en est fait sentir, il diffère suivant les matières pour lesquelles les lois l'ont successivement établi.

Sa raison d'être étant la nécessité de procurer, à certains litiges contentieux administratifs, un juge qui allie des pouvoirs de pleine juridiction à la mission de protecteur des droits des particuliers, la caractéristique fondamentale de ces juridictions sera d'un côté qu'elles ont la compétence technique administrative et un certain pouvoir hiérarchique, d'un autre côté qu'elles sont reliées par l'appel ou le recours aux organes proprement judiciaires.

1. Cf. C. RARINCESCO. *Contenciosul administrativ roman*, Bucarest, Alcalay, 1936, p. 50.

Nous allons successivement examiner :

1° L'organisation des juridictions spéciales et leur compétence.

2° La façon dont elles sont reliées au pouvoir judiciaire.

3° Leur place dans le système roumain de contentieux administratif, eu égard aux principes exposés dans la première partie de cet ouvrage.

§ 1. — LES ORGANES JURIDICTIONNELS CRÉÉS PAR DES LOIS SPÉCIALES

Déjà dans la première période du système roumain de contentieux administratif (V. *supra*, p. 97-100) une série de lois organisaient des juridictions à personnel administratif ou mixte, devant lesquelles devaient être portés les litiges suscités par l'activité de certains services publics. Ces contentieux spéciaux par détermination de la loi, subsistèrent même après l'institution de recours contentieux ouvert par les lois de 1905 et de 1912 contre les actes administratifs d'autorité. Et après la réforme constitutionnelle de 1923 ils ne firent que se multiplier de sorte qu'à l'heure actuelle il existe de nombreuses juridictions qui ont à connaître de ces contentieux spéciaux.

Ces juridictions consistent en des commissions composées en général de délégués de l'administration active, de représentants des groupements économiques ou des catégories de particuliers intéressés, et de magistrats de l'ordre judiciaire. Ces commissions fonctionnent près des divers services publics, et ont des attributions juridictionnelles.

Du point de vue *organique*¹, la caractéristique prin-

1. Cf. P. ALEXANDRESCO-ROMAN, *Jurisdicțiune specială administrativă*, *Revista de drept public*, 1935, pp. 298-304.

principale de la composition de ces juridictions est la présence dans leur sein — dans une proportion le plus souvent dominante — d'administrateurs actifs. Le lien avec le pouvoir exécutif est toujours très serré. De plus, l'organisation des commissions diffère beaucoup de l'une à l'autre. Elles ne constituent donc pas un système *unitaire*.

Du point de vue fonctionnel, les commissions sont de vraies juridictions. Elles statuent sur des contestations d'ordre juridique portées devant elles par les particuliers se plaignant de la violation de leurs droits. La procédure est juridictionnelle ; il y a citation des parties, débats contradictoires. Les décisions sont de véritables décisions de justice, attaquables seulement en appel ou en cassation devant une juridiction supérieure ou devant les organes du pouvoir judiciaire ; elles sont exécutoires, et deviennent définitives, avec autorité de chose jugée, si les parties ne les ont pas attaquées dans les délais prévus.

En général, ces commissions sont organisées en deux degrés de juridiction.

Ainsi, en matière de contributions il y a les commissions de constatation, et les commissions d'appel près les administrations départementales des finances.

En matière de mines, les commissions départementales pour l'établissement des impôts miniers, et la commission d'appel près le ministère du Commerce et de l'Industrie. La commission de validation des droits miniers, et la commission d'appel respective.

En matière de conflits du travail, il y a la commission du travail dans les ports, et la commission supérieure du travail dans les ports.

En matière électorale, le bureau électoral départemental et, la commission centrale électorale au ministère de la Justice.

En matière d'assurances sociales, les commissions

près les caisses d'assurances sociales, et les commissions près la caisse centrale ¹.

Cependant il existe quelques commissions dont les décisions vont, en appel, directement devant les juridictions judiciaires. Ainsi en est-il en matière de conflits du travail, en matière douanière, etc...

Le nombre des membres des juridictions spéciales varie d'une commission à l'autre. Le plus souvent elles sont constituées par trois membres. Cependant les commissions de constatation prévues par l'article 76 de la loi des contributions directes ont deux membres. Celles établies par la loi sur les mines, articles 124-128, ont quatre membres. D'autres cinq, sept, dix. La commission la plus nombreuse est le conseil supérieur des mines avec dix-sept membres.

Le plus souvent un magistrat de l'ordre judiciaire fait partie des commissions. Dans ce cas c'est lui qui remplit les fonctions de président. Cependant ceci n'est pas une règle générale : ainsi les commissions fiscales de constatation des revenus en matière commerciale, industrielle, professionnelle, sont constituées sans la participation d'un juge. Il en est de même de la présence de représentants des intéressés.

En ce qui concerne la façon dont les commissions sont saisies des affaires rentrant dans leur compétence ², elle varie suivant qu'il s'agit de commissions du premier degré, ou de commissions d'appel ³. Au premier degré, ce sont le plus souvent des commissions de cons-

1. Nous puisons ces exemples — donnés à titre indicatif — dans le substantiel article, déjà cité, de M. ALEXANDRESCO-ROMAN, auquel nous renvoyons pour une plus ample information.

2. La sphère de compétence des juridictions spéciales est établie, pour chacune d'elles, par sa loi organique. Ce sont donc des *juges d'attribution*. Les pouvoirs qu'ils exercent sont de pleine juridiction. Cf. RARINCESCO, *op. cit.*, p. 140.

3. ALEXANDRESCO-ROMAN, *op. cit.*, p. 300.

tatation. Elles agissent d'office. Ce sont, dans ce cas, de véritables organes d'administration active. Elles ont surtout un caractère technique, leur fonctionnement est intimement lié à l'activité du service public¹.

Cependant, certaines d'entre elles sont saisies par les intéressés : les commissions régionales en matière minière (loi sur les mines, art. 149), les commissions fonctionnant près les caisses d'assurances sociales, etc...

En appel, les commissions sont saisies seulement par les particuliers intéressés.

Une question se pose quant à savoir si on doit englober dans les juridictions spéciales les conseils de discipline.

M. ALEXANDRESCO-ROMAN, dans l'article cité, fait une distinction fondamentale entre les différentes catégories de juridictions spéciales. Il y aurait : 1^o Les commissions exerçant une justice déléguée. Ce sont les plus nombreuses. Il y a 32 catégories de pareilles juridictions (et dans chaque catégorie, les organes peuvent être nombreux, différant d'après des circonscriptions départementales, régionales, etc...). — 2^o Les commissions à justice retenue, dont les décisions doivent être confirmées par l'administration active. Ce sont les divers conseils de discipline.

Sans entrer dans la discussion du fondement du droit disciplinaire, nous croyons cette distinction inutile. En effet, malgré la forme juridictionnelle dans laquelle s'exerce l'activité des conseils de discipline, les décisions de ceux-ci restent de simples avis conformes qui sont donnés, au cas de poursuites disciplinaires, aux chefs hiérarchiques qui seuls appliquent les sanctions.

Cependant, il a existé pendant longtemps une controverse sur cette question. A l'origine de cette controverse, il y a l'article 3 de la loi sur le contentieux administratif de 1925,

1. ALEXANDRESCO-ROMAN, *op. cit.*, p. 303.

qui excepte du recours contentieux les décisions que le statut des fonctionnaires publics ou d'autres lois déclarent *définitives et exécutoires* (Art. 55 de la loi pour le statut des fonctionnaires publics de 1923 et art. 108 du règlement).

On aperçoit facilement les raisons qu'il y a pour déclarer ces décisions définitives : c'est que les fautes disciplinaires ne sont pas fixées par les textes, mais sont appréciées eu égard aux intérêts du service ; la discussion ne peut en être déferée aux organes judiciaires. Ensuite, les débats devant les conseils de discipline sont secrets ; on ne saurait les porter devant un juge public. (Cf. NEGULESCO et autres, *Code adm. annoté*, p. 482.)

Dès lors le problème se pose vis-à-vis de l'article 103 de la constitution, qui déclare le recours en cassation d'ordre constitutionnel. Le pourvoi en cassation peut-il être refusé contre les décisions juridictionnelles ? Car si ce ne sont pas des décisions juridictionnelles, mais des actes administratifs, comment la loi de 1925 peut-elle les excepter du recours contentieux à l'encontre des prescriptions de l'article 107 de la constitution ?

De toute façon la rédaction de l'article 3 de la loi de 1925 laisse à désirer : si les décisions disciplinaires sont des décisions juridictionnelles, à quoi bon les excepter d'un recours ouvert contre les actes administratifs d'autorité ? Si ce sont des actes administratifs, cette exception est inconstitutionnelle. Et si ce sont de simples avis, ils ne peuvent être exécutoires !

La jurisprudence de la Cour de cassation a varié.

Cas. III, 6 juin 1927, *Code adm. annoté*, page 484 : « ... l'acte de la commission de discipline attaqué en cassation, n'étant pas un avis mais une décision rendue par la commission en tant que juridiction instituée conformément à l'article 60 de la loi pour le statut des fonctionnaires publics, sa décision... est susceptible de recours ». Dans le même sens, Cas. III, n° 944 de 1925, *P. S.* 1925, page. 688.

Cas. I, 15 juin 1927, *Code adm. annoté*, page 485, déclare que la décision de la commission disciplinaire n'est pas susceptible de recours, car l'article 103 de la constitution « placé dans le chapitre : du pouvoir judiciaire, n'a pu se référer aux décisions disciplinaires rendues par des commis-

sions spéciales ». Ainsi, la première chambre de la Cour de cassation, tout comme la troisième, reconnaissait le caractère juridictionnel des décisions disciplinaires, mais en contestait le caractère judiciaire et écartait l'application de l'article 103.

Cas. chambres réunies, n° 10 de 1928, *Jur. gen.*, 1928, page 811, établit que les décisions disciplinaires ne peuvent être attaquées au contentieux administratif, « ces décisions ne constituant par elles-mêmes ni des actes d'autorité ni des actes de gestion ». La Cour réserve expressément la question de l'applicabilité de l'article 103 aux décisions disciplinaires, « car en l'espèce la décision de la commission disciplinaire a été attaquée au contentieux, non en cassation ».

Enfin, la Cour de cassation tranche aussi cette dernière question par la décision de la troisième chambre du 22 mai 1928 (*P. R.* 1928, 3, 155) : « Contre les décisions disciplinaires il n'existe pas de recours en cassation conformément à l'article 103 de la constitution, et pas non plus d'action au contentieux... Ces décisions sont de simples avis qui interviennent comme un élément essentiel de la validité d'un acte d'autorité, et sont attaquables indirectement en même temps que cet acte. »

Ce point de vue est confirmé par les chambres réunies, 26 juin 1928, *P. R.* 1928, 3, 89, qui fixe définitivement la jurisprudence. (Cf. *Ap. Buc.*, I, 5 décembre 1934, *R.* 1935, col. 1070 ; *Ap. Buc.*, IV, 14 juillet 1934, *R.* 1935, col. 734 ; Cas. III, 10 décembre 1934, *R.* 1935, col. 461 ; Cas. I, 4 juin 1933, *R.* 1934, col. 1685.)

§ 2. — LES JURIDICTIONS SPÉCIALES SONT RELIÉES AU POUVOIR JUDICIAIRE.

I. — *Le système des lois spéciales.*

Nous avons vu qu'en Roumanie tout litige mettant en question des droits subjectifs est de la compétence des juridictions judiciaires. Dans ce sens l'article 107, troisième alinéa, est catégorique ¹.

Dans ces conditions — et de ce point de vue — la

1. Cf. RARINCESCO. *Cont. adm. român.*, 1936, p. 100.

caractéristique essentielle des juridictions spéciales est leur subordination au pouvoir judiciaire par le recours en cassation, sur la base de l'article 103 de la constitution et de l'article 31, III, *g* de la loi organique de la Cour de cassation qui déclare que les recours en matière administrative seront déférés à la troisième section, sauf le cas où des lois spéciales prévoient déjà le recours en cassation devant les Cours d'appel ou les tribunaux¹.

Les différentes lois spéciales qui organisent des commissions juridictionnelles en diverses matières, prévoient les voies de recours ouvertes contre les décisions de ces commissions.

En général, les décisions des juridictions du premier degré vont en appel devant les commissions du deuxième degré. Cependant, de certaines décisions rendues en première instance on peut appeler directement aux tribunaux ordinaires. Il en est ainsi pour les décisions de la commission centrale douanière, des juridictions pour les conflits du travail, etc...

Les décisions des commissions jugeant en appel, peuvent toujours être attaquées en cassation devant les tribunaux ordinaires de divers degrés. Il y en a qui sont soumises au recours devant la Cour de cassation : celles émanant du Conseil supérieur des Mines, de la commission d'appel pour la validation des droits miniers, des commissions d'appel près la caisse centrale des assurances sociales, etc... Ainsi que toutes celles pour les-

1. RARINCESCO. *Op. cit.*, p. 98. La compétence de cassation accordée en certaines matières, par exemple en matière fiscale, aux Cours d'appel ou même aux tribunaux de département, est sévèrement critiquée. M. le professeur NEGULESCO déplore que le législateur ordinaire, et la jurisprudence de la Cour de cassation, aient ainsi interprété la disposition constitutionnelle de l'article 103. Cette interprétation va à l'encontre du but poursuivi par le constituant : assurer l'unité de la jurisprudence des divers organes du pouvoir judiciaire. Cf. NEGULESCO. *Revista de drept public*, 1926, pp. 344-348, *chronique jurisprudentielle*, et *Traité de droit adm.*, 1925, p. 186. V. aussi *supra* p. 107, n° 2.

quelles les lois spéciales ne prévoient pas expressément la juridiction de cassation.

Les délais d'appel ou de recours sont toujours compris entre cinq et trente jours ¹.

II. — *La situation des juridictions spéciales par rapport aux dispositions constitutionnelles.*

A l'occasion des diverses lois administratives qui se sont succédées depuis 1929, et qui ont institué, puis modifié, les comités de révision (V. *infra*, chapitre IV), la question de la constitutionnalité des juridictions spéciales a été examinée — accessoirement — par le conseil législatif dans les divers *avis* qui accompagnent les projets de loi.

Chaque fois que le conseil législatif s'est occupé de la question, il a présenté des critiques qui résument toutes celles que l'institution des juridictions spéciales est susceptible de susciter.

Ainsi, par l'avis du 1^{er} juillet 1929 (Code adminis. annoté, p. 207 et 5), le conseil législatif déclare que l'institution des comités de révision est contraire aux dispositions de l'article 107 de la constitution qui interdit les juridictions de contentieux administratif autres que les tribunaux judiciaires.

Cette opinion est maintenue et complétée par les observations présentées le 17 mars 1931 (V. le texte *in extenso* dans l'article de M. I. G. VANTU, *Comitetele de revizuire*, *Revista de drept public*, 1932, pp. 116-128), à l'occasion d'une modification de la loi :

« Contre le texte précis de la Constitution on ne peut invoquer le fait qu'avant la Constitution de 1923, de même qu'après, il existe certaines autorités, commissions ou comités qui ont une compétence sur diverses questions spéciales de contentieux administratif, comme les commissions en matière d'impôts, etc..., car celles d'avant la Constitution de 1923 ont été simplement tolérées parce que le législateur ne s'est pas occupé d'organiser de façon unitaire

1. ALEXANDRESCO-ROMAN, *op. cit.*, p. 302.

le contentieux administratif roumain, et celles d'après la Constitution ont été créées au mépris des dispositions de l'article mentionné [107]... » :

« ...Certaines jurisprudences de la Cour de cassation, déclarant constitutionnelles des autorités spéciales, comités, etc..., qui fonctionnent et ont été créées contre les dispositions de l'article 107, doivent être expliquées par le soin que cette haute juridiction prend de ne pas froisser, ni porter atteinte, à certains intérêts vitaux de l'État pour la seule raison de la la conception erronée qui est à la base de ces institutions... »

Et l'avis du 18 mars 1935 (V. M. G. CONSTANTINESCO, *La loi administrative* du 27 mars 1935, Buc. 1936, 2^e éd., p. XI et s.), soutient le même point de vue : « ... l'existence de ces commissions dans notre législation ne prouve que la négligence du législateur qui n'a pas mis toute la législation en accord avec le texte constitutionnel..., ... les décisions de la Cour de cassation ne sont que des décisions d'espèce, par lesquelles la haute juridiction a voulu éviter les conséquences graves qui eussent résulté pour l'État de la déclaration que les actes de ces commissions n'ont aucune valeur. »)

Nous avons reproduit cette opinion du conseil législatif pour montrer que les critiques dirigées contre le système des juridictions spéciales sont surtout *de lege ferenda*. Nous verrons au paragraphe 3 ce qu'il faut penser de ces critiques¹. Mais en présence des textes du droit positif on doit surtout s'attacher à concilier ces textes, et à en déduire le système du législateur roumain.

L'opinion de la doctrine dominante a été très bien exposée dans *l'opinion séparée* qu'un groupe de membres temporaires du conseil législatif a soutenue à l'occasion de l'avis du 17 mars 1931 (Cf. I. G. VANTU, *op. cit.*, p. 124 et suiv.). Ces membres temporaires, joints aux membres ordinaires pour les questions administratives, MM. les professeurs Paul NEGULESCO et G. ALEXIANO et M. I. V. GRUIA, ont montré que l'article 107, premier

1. D'ailleurs, les avis du conseil législatif sont simplement consultatifs. Les Chambres n'ont jamais adopté son point de vue.

alinéa, interdit les juridictions spéciales qui seraient créées en vue de juger certaines personnes ou certains procès, et comme tel, cet article ne fait qu'étendre aux matières administratives une interdiction déjà posée par l'article 101, deuxième alinéa, pour les matières civiles et pénales.

Mais il n'interdit pas de créer par des lois spéciales des juridictions à compétence déterminée. De pareilles juridictions sont expressément permises par l'article 101, premier alinéa : « Toute juridiction ne peut être établie qu'en vertu d'une loi. » Et toute juridiction ainsi établie fait partie du pouvoir judiciaire. L'article 40 est significatif à cet égard : « le pouvoir judiciaire s'exerce *par ses organes* », cependant que l'ancien article 36 portait : « le pouvoir judiciaire s'exerce *par les cours et tribunaux* ».

Ainsi, par une interprétation rationnelle et harmonique des textes constitutionnels, l'article 107 ne s'oppose plus à la création des juridictions spéciales. Ces juridictions font partie du pouvoir judiciaire.

Mais il y a mieux. La constituante de 1923 elle-même, dans deux lois fondamentales, celle pour la cour de cassation du 1^{er} décembre 1925, article 2, et celle pour le conseil législatif du 26 février 1925, article 3, consacre *expressis verbis* l'existence et la régularité des juridictions spéciales.

III. — *La jurisprudence de la Cour de cassation, chambres réunies.*

La jurisprudence de la Cour de cassation a toujours adopté ce point de vue. Malgré les hésitations de la troisième chambre, dont la jurisprudence a souvent changé, les chambres réunies ont fini par imposer l'interprétation que nous exposons *supra* et qui seule nous semble en accord avec les principes.

Dès 1909, Cas. Ch. réunies, n° 8 de 1909, *Bul.* 1909, p. 585, décidait : « Le pouvoir judiciaire peut s'exercer en dehors

des cours et tribunaux par des juridictions spéciales qui sont établies par diverses lois spéciales et par conséquent, les décisions rendues par de pareilles juridictions avec le respect des formes prescrites par leurs lois organiques, ont le caractère de véritables décisions judiciaires... » Cette décision est importante, car elle montre que la jurisprudence des Chambres réunies était fixée même sous l'empire de l'ancien article 36.

Cas. Ch. réunies, 12 février 1925, *P. S.* 1925, p. 169 : « ...l'article 101 de la Constitution interdit les juridictions exceptionnelles qui seraient établies en vue de certains procès ou pour juger certaines personnes, ce qui n'est pas le cas des dispositions à caractère général ». En l'espèce, il s'agissait du contentieux en matière douanière.

Cas. Ch. réunies, 11 avril 1935, *Jurispr. gén.* 1935, p. 767 : « l'idée qui a déterminé cette disposition constitutionnelle (art. 103) a été d'empêcher que par des lois ordinaires le droit de recours fût supprimé, et cela non seulement pour les affaires portées devant les tribunaux ordinaires..., mais surtout pour les affaires de la compétence de certaines juridictions spéciales, dont les décisions réclamaient impérieusement le contrôle du pouvoir judiciaire ». Ainsi c'est surtout en vue des juridictions spéciales que le principe du recours en cassation, ouvert contre toute décision de justice, fut inscrit dans la constitution. Loin que la Constitution condamne le principe de ces institutions, elle en consacre l'existence en les reliant au pouvoir judiciaire par le recours en cassation.

§ 3. — SENS ET CARACTÉRISTIQUES DES JURIDICTIONS SPÉCIALES

I. — *Principes de la matière.*

On peut donc formuler ainsi les principes qui dominent l'organisation des recours contentieux ouverts contre l'administration :

1° Toute réclamation fondée sur un droit est de la compétence du pouvoir judiciaire.

2° Les juridictions spéciales étudiées dans le présent chapitre, sans être des organes judiciaires proprement

aits, doivent être considérées comme fonctionnant dans le cadre du pouvoir judiciaire.

3° Le recours en cassation est en définitive le moyen qui assure la protection judiciaire des droits des administrés. Le fait que ce recours n'est pas de la compétence exclusive de la Cour de cassation peut être critiqué quant à l'unité de jurisprudence, mais il ne change rien au caractère *judiciaire* de la protection des droits subjectifs.

4° Les décisions des commissions à personnel administratif ne peuvent être contrôlées que par rapport aux droits des particuliers et aux règles légales qui établissent le fonctionnement de ces juridictions. Les faits sont souverainement appréciés par des administrateurs, tant que l'erreur dans cette appréciation ne constitue pas une illégalité ou une atteinte aux droits des particuliers.

5° Le système des juridictions spéciales s'est imposé peu à peu par des nécessités *pratiques* (le nombre croissant de litiges soulevés dans certaines matières administratives) et *techniques* (la compétence proprement administrative que le juge doit avoir pour trancher ces litiges).

II. — *Les critiques que le système encourt.*

On a vu comment, du point de vue constitutionnel, les juridictions spéciales sont parfaitement régulières. Quoique ces institutions soient nées de nécessités pratiques, elles s'encadrent pourtant dans le système théorique qui est celui du législateur constituant.

Pourtant l'organisation de certaines de ces juridictions spéciales n'est pas à l'abri de toute critique. La plus importante a été formulée par M. NEGULESCO¹. Le savant professeur de droit public, tout en justifiant

1. Cf. NEGULESCO. *Droit adm.*, 1925, pp. 182-187 et 340-342 ; *Droit constitutionnel*, 1927, p. 462 et s.

— comme on a vu — l'existence de ces juridictions, critique la manière dont le fonctionnement en est réglé par les lois spéciales.

Ainsi, et c'est la principale faiblesse du système, le personnel des juridictions spéciales n'est pas suffisamment séparé de l'administration active. Dans certains cas, comme en matière douanière, certaines infractions sont constatées, et des condamnations sont prononcées, par des agents administratifs. L'article 90 de la loi des douanes décide que pour les différences constatées pour le poids et le nombre de certaines marchandises indiquées, ainsi que pour les contraventions relatives à l'espèce ou à la fausse déclaration quand les droits du fisc ne dépassent pas 5 lei, l'amende constatée par procès-verbal, sans sommation ni remise de copie, est définitive. Il est vrai que, depuis que le recours en cassation est d'ordre constitutionnel, ces procès-verbaux sont attaquables devant la cour de cassation ¹.

En matière de contraventions de police, les agents administratifs peuvent condamner à des amendes et, si le contrevenant est insolvable ou sans domicile connu, peuvent l'arrêter et l'amende peut être transformée en emprisonnement.

En matière sanitaire, si le délai d'appel, qui est de quinze jours, est passé, la condamnation décidée par les organes du ministère devient définitive et exécutoire. L'amende est transformée en emprisonnement de plein droit, qui est exécuté par le parquet du tribunal sur simple communication du dossier. La peine ainsi transformée peut aller jusqu'à six mois de prison ².

Il en est de même pour les infractions à la loi des monopoles de l'État, du 2 avril 1931 ; les agents de la caisse autonome des monopoles peuvent, sur simple

1. Cas. III, 10 avril 1925, citée par NEGULESCO. *Chronique jurisprudentielle, Revista de drept public*, 1926, pp. 344-348.

2. V. aussi George A. PETRESKO. *Constitutionnalité des juridictions adm. Revista de drept public*, 1934, pp. 40-46.

constatation faite par eux-mêmes, et s'ils jugent le contrevenant insolvable, requérir la force publique pour arrêter celui-ci. Le dossier est communiqué au procureur et au juge dans les vingt-quatre heures, mais les organes judiciaires ne peuvent suspendre l'exécution qu'après consignation intégrale de l'amende (art. 71-82 de la loi citée).

Dans tous ces cas la cour de cassation décide que les actes des agents administratifs sont des décisions judiciaires ¹ « du moment que la juridiction est établie en vertu d'une loi ». Cette interprétation nous paraît excessive, car à ce compte tous les agents administratifs deviendraient des juges si la loi leur confiait des attributions juridictionnelles. « On ne peut concevoir que — admettant une solution simpliste — on dise que l'agent des douanes, quand il garde la frontière, quand il fait des actes de police... est agent administratif, et quand il décide, comme au cas de l'article 90, il est juge. On ne peut dire que la constitution permet de donner à cet agent de telles attributions, car au contraire, en admettant la séparation des pouvoirs, elle a voulu interdire une pareille confusion ²... »

A notre avis, cette question des pouvoirs juridictionnels excessifs accordés à certains organes administratifs se pose de deux manières : 1^o Quant à l'organisation et à la qualité des garanties *juridictionnelles* que ces autorités doivent présenter. 2^o Quant à l'organisation des recours aux tribunaux ordinaires ouverts contre les actes de ces organes.

Les deux points de vue peuvent fonder des critiques dirigées contre la manière dont une loi organise certaines juridictions spéciales. Ces critiques s'adressent surtout à l'insuffisance de ces deux ordres de garanties

1. Cas. ch. réunies, 12 février 1925, *P. S.* 1925, p. 169 ; Cas. ch. réunies, 12 octobre 1933, *Cur. judiciar* 1934, p. 106.

2. NEGULESCO. *Droit adm.*, 1925, p. 185.

dans une matière déterminée. Mais sur ces erreurs d'organisation on ne doit pas fonder la condamnation en bloc du système.

III. — *Signification de l'institution des juridictions spéciales.*

Le système trouve sa justification théorique dans la nécessité de concilier les deux principes qui dominent la séparation des pouvoirs telle qu'elle est conçue en Roumanie : celui de l'indépendance du pouvoir exécutif quant aux décisions de l'administration active, et celui de la protection judiciaire des droits subjectifs.

Aux degrés inférieurs, le fonctionnement des juridictions spéciales est intimement lié à celui du service public. Les décisions qu'elles prennent sont encore de l'administration active. Cela est évident quand ces autorités agissent par procès-verbaux. Aux degrés supérieurs, en appel, le caractère juridictionnel se précise ; les réclamations portées devant elles sont de véritables *contestations* sur le droit, la procédure est contradictoire, la décision a tous les caractères d'une décision de justice. Notamment, si elle est attaquée en cassation, le tribunal de cassation, en admettant le pourvoi, *renvoie* l'affaire devant la juridiction du fond.

Ainsi est réalisé un système de recours qui supplée à l'absence d'une justice administrative par la superposition d'un recours administratif plus ou moins juridictionnalisé et d'un recours judiciaire.

Le premier fournit un meilleur contrôle des services administratifs, le deuxième la protection judiciaire des droits atteints. La décision est prise par des organes administratifs, très au fait des besoins des services ; mais par un acte juridictionnel, non par une décision exécutoire. La protection des droits est assurée par le pouvoir judiciaire ordinaire, mais non sur recours contentieux — auquel cas l'acte administratif serait annulé

et la décision prise, ou indiquée à l'administration, par le juge —, mais sur recours contre un jugement : recours fondé sur une *laesio juris*.

Cette collaboration de la compétence administrative et de la compétence judiciaire est tout à fait caractéristique du système roumain. Nous croyons avoir démontré qu'elle est parfaitement en accord avec les caractères essentiels des deux pouvoirs en question, caractères que nous nous sommes attaché à définir au cours de cette étude.

OBSERVATION. — Le caractère juridictionnel des diverses commissions fonctionnant au sein de l'administration ne peut être toujours établi de façon précise. Cela provient de ce que souvent les lois qui les créent ne réalisent qu'imparfaitement les conditions requises pour que ces organes soient de véritables juridictions (Cf. dans ce sens RARINCESCO, *Cont. adm. român*, 1936, p. 29 et s...).

C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a souvent marqué des hésitations et des revirements relativement au régime juridique applicable aux décisions de ces diverses commissions.

Ainsi la Cour de cassation déclare que « même si certains actes des autorités administratives empruntent la forme et les caractères d'une décision juridictionnelle..., ils ne perdent cependant pas le caractère d'actes administratifs, de même que ni les organes qui les font ne changent, par ce simple fait, leur caractère d'organes administratifs ». (Cas. III, n° 1555 de 1930, *Jur. gén.* 1931, p. 426 ; Cas. III, n° 2078 de 1933, *P. R.* 1934, I, 141 ; Cas. III, n° 784 de 1934, *Revue de droit comm.*, 1934, p. 501.)

Cependant, Cas. Ch. réunies, 11 avril 1935, *Jur. gén.* 1935, p. 767 : « La commission d'appel près la caisse centrale d'assurances sociales a l'attribution de trancher les litiges qui naîtraient de l'application de la loi, en donnant des décisions dans la forme et avec une procédure analogue à celles des décisions judiciaires, dont elles ont les caractères et les effets. »

Mais Cas. III, 30 janvier 1935, *R.* 1935, col. 1089 : « Les décisions des commissions instituées au sein de l'administration par des lois spéciales, comme la loi sur la santé publique, n'entrent pas dans la catégorie des décisions de

justice avec autorité de chose jugée, car en principe, même si ces décisions sont données dans la forme et avec la procédure analogues à celles des décisions judiciaires ordinaires, elles n'ont pourtant pas le caractère ni les effets de ces décisions, ces conseils n'étant pas des juridictions proprement dites, etc... »

Appel Galati, 2 mars 1935, *R.* 1935, col. 705 essaye de trouver une formule générale : « Considérant que ce qui distingue l'acte juridictionnel de l'acte administratif d'autorité est plutôt le but poursuivi que la matière dans laquelle il intervient ; sera acte d'autorité celui qui poursuit la satisfaction de l'intérêt général par une mesure générale et opposable *erga omnes* ; au contraire, l'acte sera juridictionnel s'il résout un conflit entre les particuliers et l'administration, et s'il vise à établir des droits subjectifs... »

« Seront donc actes juridictionnels, les actes des commissions administratives à caractère judiciaire (*sic*) qui constatent des contraventions, qui résolvent des contestations fiscales, qui décident sur les demandes de pensions, qui se prononcent sur les conflits des particuliers, quand une telle compétence leur est attribuée. »

On voit par ces quelques exemples que le problème du caractère juridictionnel des commissions spéciales n'est pas toujours facile à résoudre, et que la solution peut varier avec la variété même de ces autorités. Remarquons simplement ici, que de toute façon les droits des administrés bénéficient de la protection *judiciaire* : par le recours en cassation — et quelquefois même l'appel — devant les tribunaux ordinaires, si l'acte est juridictionnel ; par le recours contentieux examiné au chapitre II, si l'acte est administratif.

CHAPITRE IV

LES COMITÉS DE RÉVISION

Nous plaçons dans un chapitre spécial cette quatrième voie de recours contentieux car, bien que les comités de révision soient — par nombre de traits — des juridictions spéciales analogues à celles déjà étudiées, ils en diffèrent cependant suffisamment pour former une catégorie à part. Notamment leur organisation est *unitaire* ; ils constituent un *ordre* de juridictions à caractère et à compétence définis, totalement séparé du pouvoir exécutif, et soumis au contrôle suprême de la Cour de cassation ; enfin bien que leur caractère, du point de vue organique, soit nettement judiciaire, *ils ne connaissent que d'un contentieux objectif en annulation* et ne peuvent en aucun cas se prononcer sur les droits des particuliers.

§ 1. — ORGANISATION

Les comités de révision sont des organes juridictionnels — la loi les appelle « juridictions administratives », ce en quoi elle se trompe — chargés principalement du contrôle de la légalité des actes juridiques des administrations locales : communes et départements.

Ils sont créés par la loi pour l'organisation de l'administration locale du 3 août 1929 avec une organisation et des attributions qui ont été modifiées par la suite. Aujourd'hui le texte de base est la loi pour la modification de l'organisation des comités de révision du 20 avril 1933. La dernière en date des lois modifi-

actives est la loi administrative du 27 mars 1936 qui abroge expressément, par l'article 252, la loi antérieure du 3 août 1929. L'article 244 de cette loi de 1936 change la dénomination des Comités locaux de révision en celle de *Cours locales administratives*, et du Comité central en *Cour supérieure administrative*.

I. — *Les organes.*

La cour supérieure est composée de 11 membres, dont 3 sont des magistrats de l'ordre judiciaire avec grade de conseillers de cassation, délégués par le ministre de la Justice sur leur demande et avec l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. Les autres membres sont recrutés parmi ceux des cours locales, parmi les fonctionnaires administratifs supérieurs ou parmi les avocats ayant pratiqué au moins quinze ans (art. 2 et 3, loi de 1933). Ils sont nommés par décret.

Les cours locales¹ sont composées de 7 membres dont 3 conseillers d'appel. Les autres étant recrutés parmi les fonctionnaires référendaires de la cour supérieure qui y remplissent les fonctions de rapporteurs, ou parmi les fonctionnaires administratifs, ou avocats ayant pratiqué dix ans (art. 4-5).

Les membres provenant de l'ordre judiciaire restent dans les cadres de la magistrature, avec tous les droits et obligations y attachés. Ils ne peuvent cependant fonctionner dans les cours judiciaires, où ils gardent leur place, tant que dure leur délégation dans les cours administratives. Les autres membres sont *assimilés* aux conseillers de la Cour de cassation ou aux conseillers des Cours d'appel. Les dispositions de la loi pour l'organisation judiciaire, notamment celles relatives aux mesures disciplinaires et au statut de la fonction, leur sont également applicables (art. 6-9).

1. Il y a 7 cours locales, dont les circonscriptions territoriales sont déterminées par la loi.

II. — *Le fonctionnement.*

Les cours administratives sont composées de deux sections ayant respectivement 5 et 3 membres. Les trois magistrats fonctionnent comme présidents de la cour et des sections (art. 15-16).

Les affaires à juger viennent devant les sections, sur répartition du président de la cour. Elles sont préparées par les rapporteurs.

Cependant, la cour supérieure peut, sur convocation de son président, statuer en sections réunies. De plus, elle peut se constituer en assemblée plénière : *a)* quand il s'agit de résoudre une importante question de principe ; *b)* sur invitation du ministre de l'Intérieur ; *c)* pour élaborer ou modifier son règlement intérieur ou celui des cours locales (art. 19-20).

Au jour fixé pour le jugement, le président peut inviter les parties ou leurs avocats à donner des explications, aussi succinctes que possible (art. 24), mais en tous les cas la cour est obligée de juger et de se prononcer même en l'absence des parties et à défaut de mémoire, présenté pour soutenir leurs intérêts. On ne peut former opposition contre les décisions par défaut (art. 24).

L'affaire ne peut être ajournée que pour supplément de preuves, expertises, etc... et alors seulement que la nécessité en est constatée par la cour.

La décision doit être prononcée au plus tard dans les cinq jours et rédigée dans les dix qui suivent les débats.

III. — *La procédure.*

Les cours sont saisies par les organes de contrôle administratif, par les administrations locales elles-mêmes, ou par les parties intéressées. Les parties sont citées par les bureaux de la cour. Elles peuvent présenter des mémoires, constituer avocat, ou se présenter en

personne. Les affaires doivent être jugées dans les quinze jours à partir de la date à laquelle les cours sont saisies de la demande. Au cas où certaines investigations, preuves, etc... sont nécessaires, ce délai peut aller jusqu'à quarante-cinq jours au plus.

Les décisions sont prononcées *au nom de la loi* et sont envoyées, pour exécution, aux administrations locales. La sanction de la non-exécution est la révocation des fonctionnaires chargés d'exécuter les décisions. Cette révocation est prononcée par la cour supérieure, *même d'office* (V. *infra*, § 4).

§ 2. — COMPÉTENCE

La compétence des comités de révision était très étendue en 1929, lors de leur création. Ils avaient des attributions administratives : le contrôle, ainsi que la tutelle, sur les actes des administrations locales ; la vérification des comptes de ces administrations. Ils statuaient aussi sur les propositions de dissolution des conseils départementaux ou communaux (attribution passée à l'administration active avec recours au contentieux administratif par la loi de 1936, art. 168 et 246), sur les contestations aux élections locales (portées dorénavant devant le magistrat présidant le bureau électoral, avec recours en cassation devant la commission électorale départementale), etc...

Ces attributions étaient incompatibles avec le caractère juridictionnel qu'on prétendait donner aux comités¹. Actuellement les cours administratives ont dans leur compétence (loi de 1933, art. 36-47) :

1^o Les actions dirigées contre les actes de contrôle des organes des administrations départementales et communales.

1. Cf. NEGULESCO et autres. *Code adm. annoté*, sous les articles 317-364. M. VARARU. *Contenciosul de anulare si reformare*, Bucarest, 1933, p. 208.

2° Celles dirigées contre les actes de tutelle administrative¹.

3° La *conciliation* sur les litiges entre administrations locales.

4° Enfin, elles donnent, à titre consultatif, des avis aux administrations locales.

Les attributions juridictionnelles sont donc seulement le contrôle de la légalité des actes juridiques des administrations décentralisées.

En cette matière la loi distingue (art. 159-162, loi de 1936) :

1° Les actes atteints de *nullité de droit* :

a) Ce sont les actes des administrations locales, et ceux de contrôle ou de tutelle, qui seraient faits sans compétence.

b) Les actes d'un conseil communal ou départemental, faits en violation des règles relatives à la constitution ou au fonctionnement de ce conseil.

c) Les actes contraires à l'ordre public et ceux faits en violation des lois et des règlements en vigueur.

La nullité de droit peut être invoquée pendant dix ans, après quoi elle est couverte même pour la voie de l'exception.

2° Les actes *annulables*. L'annulabilité est fondée sur :

a) L'omission des formes (excepté b de 1°).

b) L'intérêt direct et personnel que l'auteur de l'acte pouvait avoir dans l'affaire. S'il s'agit d'un conseil, cette condition ne joue que si la majorité qui a pris la

1. La loi distingue deux sortes d'actes des administrations locales : ceux soumis à un *contrôle* de la légalité de la part de divers supérieurs hiérarchiques ; ils sont exécutoires par eux-mêmes, mais après un délai de cinq jours à courir de la communication qui en a été faite aux autorités de contrôle (art. 158, loi de 1936). Et ceux soumis à l'*approbation* des autorités tutellaires ; celles-ci doivent se prononcer dans les vingt jours suivant la réception, après quoi l'acte est considéré approuvé.

décision est constituée avec le vote du conseiller intéressé.

L'annulabilité ne peut être invoquée que dans les vingt jours à partir de la communication ou de l'affichage de l'acte attaqué.

Les Cours peuvent être saisies par les organes de contrôle qui, eux, ne peuvent que suspendre l'acte qu'ils attaquent ; par les organes de tutelle (car on a vu que le défaut d'approbation est couvert après un délai de vingt jours) ; ou par tous ceux qui justifient d'un intérêt « direct, né et actuel », ce qui évidemment est une répétition¹. Pour être admis à invoquer la simple annulabilité, cet intérêt doit être aussi *personnel*.

Pour les actes atteints d'une nullité de droit, elles peuvent être saisies même d'office.

La décision peut annuler l'acte ou le réformer (art. 44, 48). La réformation peut être totale ou partielle.

L'action devant les cours administratives n'exclut pas le droit des parties de réclamer des dommages devant les tribunaux ordinaires. Elle laisse subsister aussi l'action au contentieux conformément à la loi de 1925²

§ 3. — VOIES DE RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DES COURS ADMINISTRATIVES

La compétence des cours administratives est réglée par les articles 36-39 qui déterminent les cas où les

1. Cf. NEGULESCO. *Droit adm.*, 1934, p. 448.

2. Ap. Bucarest. 2 octobre 1935, *R.* 1936, col. 2627 : « Les actes illégaux des administrations locales peuvent être attaqués aussi bien devant les Cours d'appel comme juridictions de contentieux administratif que devant les comités de révision. » Cela était prévu expressément par l'article 361, loi de 1929. Mais « même en l'absence de ce texte, le droit de la partie lésée de s'adresser à ses juges naturels que le droit commun et la loi du contentieux administratif met à sa disposition, ne peut lui être enlevé par une loi spéciale pour l'administration locale... ».

cours locales décident à charge d'appel devant la cour supérieure et ceux où celle-ci juge en première et dernière instance. Les décisions de la cour supérieure sont soumises au recours devant la Cour de cassation « dans les délais et les conditions établis par la loi de 1925 pour le contentieux administratif » (art. 39).

On a voulu voir dans les cours administratives des juridictions spéciales interdites par l'article 107 de la constitution. Le conseil législatif, chaque fois qu'il a eu à donner son avis sur un projet de loi relatif à ces juridictions, s'est prononcé pour l'inconstitutionnalité. Nous avons vu (*supra*, p. 203-204) qu'il englobe dans une même réprobation les différentes commissions juridictionnelles qui existent au sein de l'administration, et les comités de révision ou cours administratives. Sans revenir ici sur les raisons qu'il y a de condamner cette conception, remarquons que les cours administratives, moins encore que les juridictions spéciales, méritent ces critiques. En effet, les cours administratives *ne statuent jamais sur des droits*. Leur mission est un contrôle juridictionnel de la légalité objective de certains actes administratifs. Et comme le législateur constituant ne s'est jamais occupé du contentieux de l'annulation ouvert aux simples intérêts froissés, l'interdiction inscrite dans l'article 107 ne peut s'appliquer à la juridictionnalisation d'un recours qui, auparavant, était simplement hiérarchique ¹.

Que si l'on veut, du point de vue inverse, reprocher au législateur d'avoir confié un contentieux objectif en annulation à des juridictions fonctionnant dans le cadre judiciaire, — critique qui n'a d'ailleurs pas été formulée — on remarque que le seul lien entre cet ordre de juridictions et le pouvoir judiciaire est le recours en cassation. La compétence sur le fond est attribuée à des organes soigneusement séparés, il est vrai, de l'ad-

1. Cf. Dans ce sens RARINCESCO, *op. cit.*, pp. 100-101.

ministration active, mais tout aussi indépendants du pouvoir judiciaire ordinaire. Le recours en cassation ne peut se fonder que sur l'excès de pouvoir des cours administratives, ou sur la violation de la loi par les décisions de ces juridictions. Nous croyons fermement que, malgré les termes de l'article 39 de la loi de 1933, qui parle de recours « dans les conditions de la loi de 1925 », la Cour de cassation ne saurait, cassant la décision des cours administratives, statuer elle-même sur le fond de l'affaire ; elle doit au contraire renvoyer celle-ci devant la juridiction dont elle a cassé la décision.

Le fonctionnement des cours administratives n'a jamais donné lieu jusqu'à présent, à notre connaissance, à une décision de principe de notre cour suprême sur cette question, très importante par rapport aux principes constitutionnels qui nous intéressent dans cet ouvrage. Nous croyons cependant qu'elle ne pourrait — méconnaissant sa mission — statuer sur un acte administratif à l'effet de l'annuler et même de le réformer, alors qu'aucun droit subjectif n'est en jeu. Les cours administratives sont de véritables juridictions, et comme telles, leurs décisions sont des jugements dont la cour suprême peut connaître en cassation. Mais il serait tout à fait contraire aux principes qu'elle eût à se prononcer sur un acte de l'administration active.

§ 4. — OBSERVATIONS CRITIQUES. — SIGNIFICATION DES COURS ADMINISTRATIVES DANS LE SYSTÈME ROUMAIN

1. — Il faut bien reconnaître que l'organisation et le fonctionnement de ces cours administratives sont assez curieux. En effet, elles connaissent des recours en annulation et en réformation contre certains actes administratifs. Mais ces recours sont parfois intentés par les autorités de contrôle elles-mêmes, ou par celles qui exercent la tutelle administrative. Ainsi ces autorités,

bien que supérieures hiérarchiquement aux autorités locales, ou représentant près de ces dernières les intérêts centraux, n'ont plus que la possibilité de saisir les cours administratives, tout comme les particuliers intéressés. « Dans ces conditions on peut se demander qui fait encore de l'administration active ? L'autorité administrative, le comité de révision ou le particulier ¹ ? »

2. — Mais ce qui est encore plus étrange pour un organisme juridictionnel, c'est la disposition de l'article 47, qui lui permet de « prononcer d'office la nullité de droit, alors que l'acte juridique est déduit devant lui par toute voie d'attaque ».

Cette disposition a toujours été consacrée par la jurisprudence des comités et par la Cour de cassation². L'interprétation des comités eux-mêmes est qu'ils restent saisis quand l'appel de la partie est repoussé pour défaut de qualité³. Le comité central de révision, sections réunies, 8 février 1935, *R.* 1935, col. 1359 : « Les comités de révision peuvent se saisir d'office au cas où l'action en annulation des actes des administrations locales est repoussée pour défaut de qualité du réclamant ou pour manque d'intérêt ; ou comme faite tardivement, ou insuffisamment timbrée ; ou quand la partie omettrait d'attaquer un autre acte illégal en même temps que l'acte attaqué, ou se désisterait en retirant l'action. Dans ces cas, si du dossier il appert que l'acte est illégal et viole les intérêts publics, un journal motivé est rédigé..., qui tient lieu de réclamation... »

3. — Les décisions des comités sont exécutées par les administrations locales elles-mêmes sous la sanction de la révocation du fonctionnaire chargé de cette exécution (art. 53). La révocation est prononcée par le comité central, qui peut se saisir d'office.

¹ 1. RARINCESCO. *Op. cit.*, p. 43, note.

² 2. Com. central, 11 juin 1934 et Cass. III, 26 novembre 1934, *R.* 1935, col. 395.

³ 3. Com. central, n° 1350 de 1934, *R.* 1935, col. 1480.

Encore une disposition bien curieuse, dont l'inefficacité ne fera que compromettre l'autorité de ces juridictions, car comment serait-il possible que l'administration admette qu'un de ses organes, par exemple le préfet, soit destitué sans son consentement ? Comment, dès lors, la décision de révocation sera-t-elle exécutée ¹ ?

4. — Bien que la loi nomme les comités — et récemment les cours — des « juridictions administratives », leur caractère judiciaire est incontestable ². Le législateur a certainement voulu instituer une sorte de justice administrative par la juridictionnalisation des recours administratifs. Cela est évident pour la loi de 1929 ³. Cependant, pour mettre ces juridictions à l'abri des critiques fondées sur ce qu'elles seraient des autorités interdites par l'article 107 de la constitution, le législateur les a reliées au pouvoir judiciaire par le recours en cassation. Cette intention est formellement exprimée dans l'exposé des motifs, page 205.

Dès lors, ces juridictions étant d'un côté totalement indépendantes du pouvoir exécutif, et d'un autre côté soumises au contrôle suprême de la Cour de cassation, leur caractère judiciaire ne fait pas de doute.

5. — Cependant, même avec ce caractère, les comités de révision ont leur raison d'être dans la nécessité d'assurer un contrôle plus efficace de l'administration active. Dans l'exposé des motifs on peut lire : « ... la compétence de ces *collèges administratifs* se réduit, au fond, au droit de statuer sur les conflits entre autorités publiques, dans le but d'assurer une bonne administration. » Plus même, des considérations d'opportunité

1. Cf. NEGULESCO. *Droit adm.*, 1934, p. 451, note.

2. NEGULESCO. *Op. cit.* et *loc. cit.*

3. Cf. *Code adm. annoté*, p. 601 : « Ces organes..., sont des instances de *recours hiérarchique*, auxquelles le particulier peut s'adresser sans que leurs décisions puissent le léser, mais seulement lui profiter. » Cf. l'exposé des motifs de cette loi. *Code adm.*, pp. 181-207.

administrative ne sont pas étrangères à ces organismes¹; notamment quand ils ont à juger une approbation tutélaire ou le refus d'une telle approbation.

Il est vrai que le recours en cassation ne peut porter sur ces considérations de fond. Mais l'indépendance complète dont ces juridictions bénéficient par rapport à l'administration active, soumet cette dernière aux décisions et directives d'organes dont les attaches avec l'administration sont assez lâches. Dans ces conditions, ou bien ils seront timorés dans leur censure, ou bien l'administration ne tiendra pas compte de leurs décisions.

6. — Nous croyons donc que l'institution des cours administratives apparaît en Roumanie comme un essai d'améliorer l'activité administrative. Cette intention ne peut être qu'approuvée, mais la façon dont elle s'est réalisée est critiquable. L'erreur du législateur a été de vouloir créer cette institution sans une base principale nettement précisée.

Le point de vue trop absolu du conseil législatif a beaucoup contribué aux hésitations et modifications successives du système. Cette conception du conseil législatif, fondée sur le principe de la compétence exclusive du pouvoir judiciaire, à l'effet de protéger les droits subjectifs, n'a plus de raison d'être quand de tels droits ne sont pas en jeu. Persister à exiger cette compétence exclusive, c'est changer le moyen en but! La compétence juridictionnelle exclusive du judiciaire n'est que le moyen d'assurer la protection judiciaire des droits.

D'ailleurs l'opinion générale est que la physionomie de ces juridictions n'est pas définitive². A notre avis, tôt ou tard, elles deviendront des organes juridictionnels administratifs, sans aucune attache avec le pouvoir

1. Com. central, 13 juillet 1934, *R.* 1935, col. 93.

2. NEGULESCO. *Op. cit.*, p. 451; RARINCESCO, *op. cit.*, p. 43; VARARU, *op. cit.*, p. 301.

judiciaire. Tout le contentieux de l'annulation ouvert aux simples intérêts froissés pourrait passer à cette justice administrative, car nulle part la constitution n'interdit ce passage ni ne s'occupe de ce contrôle juridictionnel objectif¹. Les réclamations fondées sur les simples intérêts, n'ont jamais ouvert que la voie du recours hiérarchique.

Une justice administrative qui serait cantonnée dans cette compétence restreinte, serait donc parfaitement d'accord avec notre organisation constitutionnelle.

2. Dans ce sens RARINCESCO, *op. cit.*, p. 100.

CONCLUSION

Nous avons montré à la fin de la première partie (*supra*, p. 115), quelle est la physionomie du pouvoir judiciaire en Roumanie ainsi qu'elle ressort de la constitution et des principes de notre droit public, et quelle peut être sa compétence à l'égard des litiges administratifs.

Dans la deuxième partie nous avons examiné les différents recours contentieux que les particuliers peuvent intenter contre l'administration ou ses agents, quand ils s'estiment lésés dans leurs droits ou dans leurs intérêts par un acte ou un agissement administratifs. Et nous avons constaté que ces différents contentieux créés par le droit positif sont parfaitement en accord avec les principes théoriques formulés précédemment.

Nous allons maintenant résumer brièvement les conclusions qui se dégagent de cette étude.

1. — Le pouvoir judiciaire intervient en Roumanie pour tout ce qui est *droit* subjectif et non pour tout ce qui est *juridiction*. Un contentieux ouvert aux intérêts froissés est non seulement permis dans le cadre de l'administration, mais est interdit dans le cadre judiciaire.

Avec la séparation des pouvoirs telle qu'elle est entendue en Roumanie, cette conception s'impose ; il est à remarquer qu'elle s'est imposée en fait au législateur, malgré les critiques un peu rigides et intransigeantes du conseil législatif. Cette conception est donc celle du législateur constituant (bien qu'elle soit parfois *implícite*) ; mais il y a plus : ce système s'est établi *nécessairement*, car il est la conséquence forcée de la séparation

des deux pouvoirs en question sur la base qu'on a vue.

Pour comprendre le système roumain de contentieux administratif, et pour saisir l'*unité* du principe théorique qui en est la base, il ne faut donc pas prendre comme point de départ *la fonction juridictionnelle* et l'organisation du contentieux administratif dans le cadre de cette fonction ; mais bien la mission, la raison d'être du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif, pour en déduire le partage des compétences sur les affaires administratives entre ces deux pouvoirs. C'est ce que nous nous sommes proposé de faire.

2. — En ce qui concerne le contentieux du droit commun jugé par les tribunaux ordinaires (2^e partie, ch. 1), surtout l'action en responsabilité dirigée contre l'administration, nous avons vu que le pouvoir judiciaire est amené à appliquer aux litiges administratifs les règles du droit privé. Les principes du droit administratif, tels qu'ils sont dégagés par la jurisprudence administrative française, ont bien influencé la jurisprudence roumaine — et cette influence est indéniable. — Mais la situation judiciaire du juge est un obstacle sérieux à cette évolution vers un droit jurisprudentiel de la responsabilité de l'administration, établie en dehors de textes du code civil.

Dans l'appréciation de la faute directe de l'administration, nos tribunaux sont très circonspects, car c'est là une matière où les empiétements sur le domaine de l'administration sont à craindre : le droit à indemnité, que le juge seul peut établir, ne peut être déterminé qu'après examen — et appréciation — de l'activité dommageable.

Ce qui demeure très caractéristique du système roumain, c'est que la limite de la compétence judiciaire, à l'effet d'apprécier l'activité de l'administration, est sous le contrôle exclusif des tribunaux eux-mêmes et de la Cour de cassation.

3. — Le recours direct contre les actes administratifs

d'autorité créé par la loi de 1925 en application de l'article 107 de la constitution demeure, malgré le pouvoir d'annulation accordé aux juridictions de contentieux administratif, un recours *subjectif* accordé aux droits lésés.

La nécessité de confier à la justice ordinaire le pouvoir de censurer les actes administratifs illégaux, dans certaines conditions, était d'autant plus forte qu'aucun recours juridictionnel en annulation fondé sur un intérêt froissé n'a jamais existé en Roumanie depuis la suppression du conseil d'État en 1866.

Le système actuel est l'aboutissement d'une évolution de la législation entre 1905 et 1925. Comme nous l'avons montré (2^e partie, ch. II), il est la conséquence de la mission très précise du pouvoir judiciaire : celle de protecteur des droits des particuliers.

4. — Une institution qui nous semble très caractéristique de la façon dont est conçue la séparation des deux pouvoirs administratif et judiciaire, est celle des juridictions spéciales.

En effet il y a des affaires administratives où les droits des administrés sont intimement liés au fonctionnement de certains services publics. Comment ces droits pourront-ils être soumis au contrôle judiciaire sans que, par là même, l'activité de l'administration n'y soit soumise aussi ? Comment concilier la protection judiciaire des droits avec l'indépendance de l'administration vis-à-vis du pouvoir judiciaire ?

Peu à peu, chaque fois que la nécessité s'en est fait sentir, des juridictions spéciales ont été créées au sein de l'administration, avec compétence pour trancher ces litiges. Ces organismes administratifs sont souverains pour juger le fond. Mais leurs décisions peuvent toujours être portées en cassation devant la justice ordinaire. Celle-ci est à son tour souveraine pour juger s'il y a atteinte à un droit. Le droit ainsi établi, l'affaire est renvoyée devant la commission administrative qui ne peut passer outre.

Ainsi, le système qui consiste à relier les juridictions spéciales à la Cour de cassation n'est pas seulement un expédient par lequel, en donnant le caractère judiciaire à ces juridictions, est écartée l'interdiction de l'article 107 : « Des autorités spéciales avec attributions de contentieux administratif ne peuvent être établies. Le contentieux administratif est de la compétence du pouvoir judiciaire. » C'est le système même du droit roumain qui veut cette conciliation de la compétence judiciaire avec l'indépendance de l'administration.

Quant aux comités de révision, leur compétence s'exerce sur certains actes administratifs, en dehors de toute atteinte aux droits des particuliers. Cela fait de cette institution récente l'embryon d'une véritable justice administrative.

Finalement, le système roumain de compétence judiciaire sur le contentieux administratif impose un équilibre assez délicat, car il est sollicité en sens inverse par deux tendances opposées :

1^o Celle des tribunaux de pousser, de plus en plus loin, leur compétence quant à la détermination des droits des particuliers à l'égard de l'administration. Car ils décident souverainement si telle disposition de la loi garantit ou non à l'individu un véritable droit, ou une simple expectative, ou si la règle légale régit, au regard des individus, de simples intérêts.

2^o En sens inverse, le respect de l'autonomie de l'administration oblige le pouvoir judiciaire à s'abstenir de tout contrôle trop poussé qui pourrait être interprété comme une immixtion dans la compétence administrative. Avec ce point de vue, ne seront de véritables droits que ceux formellement prévus par la loi.

On peut affirmer que, jusqu'à présent, les tribunaux ordinaires, sous le contrôle de la Cour de cassation, ont été très attentifs à garder un juste milieu, et, par là, à éviter aussi bien l'immixtion dans le domaine adminis-

tratif que la carence de la justice devant l'autorité exécutive.

Car si sage que soit une organisation sociale, si bien agencés les divers rouages qui la composent, il ne faut pas tout attendre des principes théoriques qui ont présidé à cet agencement. Ce qui fait la valeur d'un système, c'est la façon dont il est réalisé, c'est la force de l'idée qui anime les institutions, c'est la valeur des hommes qui en sont la matière vivante.

Vu : Vu :

Le Doyen,

Le Président de la thèse,

EDGARD ALLIX.

ACHILLE MESTRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER.

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLÉTY

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES EN LANGUE FRANÇAISE

- ALIBERT (Raphaël). — *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, Payot, 1926.
- APPLETON (Jean). — *Traité élém. du contentieux adm.*, Paris, Dalloz, 1927.
- BERTHÉLEMY (Henri). — *Traité élém. de droit adm.*, Paris, Rousseau, 12^e éd., 1930.
- BONNARD (Roger). — *Le contrôle juridictionnel de l'adm.*, Paris, Delagrave, 1934.
- *Les recours juridictionnels des administrés*, Annuaire de l'institut internat. de droit publ., 1932, pp. 42 et s.
- BOTEZ (C.). — *Le contentieux adm. dans la conception du législateur roumain*, Bull. de la Soc. de lég. comp., 1928, pp. 216 et s.
- DUEZ (Paul). — *La responsabilité de la puissance publique...*, Paris, Dalloz, 1927.
- DUGUIT (Léon). — *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd. en 5 vol., Paris, 1921-1925.
- FLINIAUX (André). — *Le cumul de la resp. de l'agent et de la resp. de la pers. morale adm.*, Rev. du droit publ., 1921, pp. 333 et s.
- HAURIU (Maurice). — *Précis de droit adm.*, Sirey, 1933 (par André Hauriou).
- *Précis de droit const.*, Sirey, 1923.
- *Principes de droit public*, 1916.
- Articles divers dans Cahiers de la nouvelle journée, n° 23, 1933.
- JACQUELIN (René). — *Les principes dominants du cont. adm.*, Paris, Giard, 1899.
- *Les signes distinctifs du cont. adm.*, Cours de doctorat, 1930-1931.
- LAFERRIÈRE (E.). — *Traité de la juridiction adm.*, Paris, Berger-Levrault, 1896.
- LAMBERT (E.). — *Le gouvernement des juges...*, Paris, Giard, 1921.
- LAMPUÉ (Pierre). — *Le régime roumain du contentieux adm.*, Nancy, Berger-Levrault, 1928.
- MESTRE (Achille). — *Recherches sur l'exception d'illégalité*, Revista de drept public, 1929, pp. 5-31.
- NEGULESCO (Paul). — *Le contentieux des actes adm. en Roumanie*, Paris, Giard et Brière, 1910.
- *La théorie de l'acte de gouvernement*, Revista de drept public, 1926

- POULOPOL. — *La justice adm. roumaine*, Bull. de la Soc. de lég. comp., 1931.
- RARINCESCO (C.). — *Le recours contre la puissance publique*, « Roumanie », Paris, Delagrave, 1933.
- *Le contentieux adm. roumain*, Rapport au V^e Congrès internat. des Sc. adm., Bucarest, 1933.
- ROLLAND (Louis). — *Contentieux adm. roumain et contentieux adm. français*, Revista de drept public, 1928.
- STANESCO-TEODORU (Gr.). — *Les traits caractéristiques du contentieux adm. roumain*, Thèse, Paris, 1934.
- TROTABAS (Louis). — *La responsabilité de l'Etat en droit interne*, Revue du droit public, 1932.
- TEODORESCO (An.). — *L'emploi par analogie des règles du droit civil comme règles générales juridiques dans le droit adm.*, Revista de dr. pub., 1929, pp. 428 et s...

OUVRAGES EN LANGUE ROUMAINE

- ALEXANDRESCO-ROMAN (P.). — *Jurisdictione speciala administrativa*, Revista de drept public, 1935, pp. 298 et s.
- BARNOSCHI (D. V.). — *Constitutia carunarilor*, Revista de dr. publ. 1926.
- DEGRE (Al.). — *Justitie si administratie*, Serieri juridice, vol. III, pp. 535 et s.
- DRAGOMIR (N.). — *Raspunderea Statului de daune*, Bucarest, 1934.
- HAMANGIU (C.). — *Recursul în casare si contenciosul administrativ*, Bucarest, 1930.
- JORGULESCO (M.). — *Contenciosul actelor adm. de autoritate*, Bucarest, 1928.
- NEGULESCO (Paul). — *Tratat de drept administrativ român*, Bucarest, 3^e éd., 1925 et 4^e éd., 1933-1934.
- *Curs de drept constitutional român*, Bucarest, 1927.
- Avec la collaboration de BOILA (R.) et ALEXIANO (G.). — *Codul administrativ adnotat*, Bucarest, 1930.
- ONISOR (V.). — *Tratat de drept administrativ român*, Bucarest, 2^e éd., 1930.
- PETRESCO (G. A.). — *Constitutionalitatea jurisdictiilor administrative*, Revista de dr. publ., 1934, pp. 40 et s.
- RACOVICIANO (Gr.). — *Constitutia româna adnotata*, Bucarest, 1935.
- RARINCESCO (Const.). — *Contenciosul adm. român*, Revista de dr. publ., 1926.
- *Contenciosul adm. român*, Bucarest, 1936, in-8°.
- *Natura contenciosului adm. infiintat prin legea din, 23 decembrie 1925*, Revista de dr. publ., 1931, pp. 103 et s.
- *Executarea hotaririlor judecatoresti in contra autoritatilor administrative*, Revista de dr. publ., 1928, pp. 441 et s.
- TEODORESCO (An.). — *Tratat de drept adm.*, Bucarest, 1929.

- TUNESCO (C.). — *Legea contenciosului adm. din 23 dec. 1925 adnotata* Bucurest, 1926.
- VANTU (J. G.). — *Comitetele de revizuire*, Revista de drept publ., 1932, pp. 116 et s.
- VARARU (M.). — *Contenciosul de anulare si reforma e*, Bucurest, 1933.
- VERMEULEN (J.). — *Statutul functionarilor publici*, Bucurest, 1933.

REVUES DE JURISPRUDENCE ROUMAINE :

- P. R.* Pandectele romane.
- P. S.* Pandectele saptamanale.
- Jur. gén.* Jurisprudenta generala.
- Jur. rom.* Jurisprudenta romana.
- Cur. jud* Curierul judiciar. . .
- R. ou Rep.* Repertoriul de jurisprudenta adm.
- Dr.* Dreptul.
- Bul.* Buletinul Curtii de casatie.
- Bul. ap* Buletinul curtilor de apel.
- Rev. de dr. com.* . . Revista de drept comercial.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

LA SÉPARATION DES POUVOIRS

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

EXPOSITION ET RAISON D'ÊTRE DU PRINCIPE

§ 1. — Le pouvoir social. Nécessité de l'organiser juridiquement.	7
§ 2. — Les idées de Montesquieu. La conception de la Révolution	10

TITRE PREMIER

LA CONCEPTION THÉORIQUE

CHAPITRE PREMIER

DES DIVERS SYSTÈMES DOCTRINAUX

§ 1. — Le point de vue objectiviste. La doctrine de Léon DUGUIT	14
§ 2. — La doctrine de M. René JACQUELIN. Le point de vue du droit constitutionnel français	16
§ 3. — La théorie des deux pouvoirs de M. Henri BERTHÉLEMY. Le point de vue du droit administratif français	19
§ 4. — La conception de Maurice HAURIOU.	24
§ 5. — Remarques sur la théorie de M. HAURIOU	31

CHAPITRE II

CARACTÉRISTIQUES DES DEUX POUVOIRS ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE. — LEURS RAPPORTS RÉCIPROQUES

§ 1. — Activité propre de ces deux pouvoirs	36
§ 2. — Différentes manières dont on peut entendre la mission du judiciaire	37

§ 3. —	Devant l'indépendance administrative, la mission du judiciaire doit réaliser une protection minima . . .	39
§ 4. —	Même ainsi, l'indépendance de l'administration est difficilement conciliable avec la protection judiciaire intégrale des droits atteints	41
§ 5. —	Cependant l'indépendance du judiciaire n'est pas atteinte par une limitation de sa compétence <i>ratione materiae</i>	43
§ 6. —	Cette limitation est commandée aussi par des raisons techniques	44

CHAPITRE III

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

§ 1. —	Généralités	48
I. —	Le domaine des affaires contentieuses est susceptible, en droit public, d'une extension qu'il n'a pas en droit privé	48
II. —	La notion du contentieux ne s'attache plus nécessairement au <i>fondement</i> du recours ; les <i>formes</i> juridictionnelles l'établissent suffisamment.	50
III. —	Les trois points de vue qui sont à l'origine des divers systèmes.	51
§ 2. —	Les principaux systèmes existants	51
I. —	Compétence intégrale du judiciaire sur le contentieux administratif.	51
II. —	Indépendance absolue de l'administration	52
III. —	Les systèmes intermédiaires	55
IV. —	Les systèmes intermédiaires ne peuvent réaliser un contrôle de l'administration comparable au recours pour excès de pouvoir.	57

CHAPITRE IV

REMARQUES GÉNÉRALES SUR LE PRINCIPE
DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

§ 1. —	Les pouvoirs séparés doivent collaborer	60
§ 2. —	L'organisation de droit se surajoute à l'organisation politique et fait de celle-ci un système de droit constitutionnel.	62
§ 3. —	Une justice administrative naît nécessairement du principe de la légalité de l'activité étatique	63
§ 4. —	Le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas simple	64

TITRE II

RÉALISATION DU PRINCIPE EN PRATIQUE

CHAPITRE PREMIER

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF EN FRANCE

§ 1. — L'ancien régime	68
§ 2. — La Révolution	69
§ 3. — L'organisation du contentieux administratif	70
§ 4. — Sens et caractéristiques de la justice administrative.	72
§ 5. — Résultats	73
§ 6. — Valeur du système	74

CHAPITRE II

LE SYSTÈME ROUMAIN

§ 1. — Les circonstances historiques et politiques spéciales à la Roumanie.	77
§ 2. — La période qui précéda la réforme constitutionnelle de 1866	80
§ 3. — La constitution de 1866. Sens de la séparation des pouvoirs réalisés par cette constitution	84
§ 4. — Cette conception de la séparation n'a plus changé. Traits caractéristiques du système	87

CHAPITRE III

ÉVOLUTION HISTORIQUE DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
DANS LE SYSTÈME ROUMAIN DE SÉPARATION DES POUVOIRS

§ 1. — Première période : de 1866 à 1905	91
I. — La distinction des actes d'autorité et des actes de gestion.	91
II. — L'exception d'illégalité	95
III. — Les contentieux spéciaux	97
§ 2. — Deuxième période : de 1905 à 1923	101
I. — La loi de 1905	101
II. — La loi de 1912	103
§ 3. — Troisième période : après la constitution de 1923	106
I. — Le contentieux de l'annulation.	109
II. — Le contentieux ordinaire.	111
III. — Les contentieux spéciaux	112
IV. — Les comités de révision	114
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	115

DEUXIÈME PARTIE

LES DIFFÉRENTES VOIES DE RECOURS JURIDICTIONNELS
CONTRE L'ADMINISTRATION

CHAPITRE PREMIER

LE CONTENTIEUX ORDINAIRE DU DROIT COMMUN

<i>Première Section.</i> — Domaine de la responsabilité administrative	122
§ 1. — Actes de gestion	122
§ 2. — Actes d'autorité	123
Les actes de gouvernement	123
§ 3. — Faits matériels.	131
<i>II^e Section.</i> — Relation entre la responsabilité de l'administration et celle de ses agents	133
§ 1. — Le système du droit civil	133
§ 2. — Difficultés que ce système fait naître en matière administrative.	136
§ 3. — La législation récente laisse subsister ces difficultés	137
§ 4. — Le système de l'article 13 du statut des fonctionnaires publics. Controverse qu'il suscite	139
§ 5. — Applicabilité, en droit roumain, de la distinction de la faute personnelle et de la faute de service	143
§ 6. — Physionomie particulière du système roumain.	145
<i>III^e Section.</i> — Fondement de la responsabilité administrative	147
§ 1. — L'illégalité	148
§ 2. — La faute	153
§ 3. — Application d'une responsabilité sans faute	159

CHAPITRE II

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DES ACTES D'AUTORITÉ
(RÉGIME DE LA LOI DE 1925)

§ 1. — Le système de la loi. Raison d'être de ce contentieux.	168
§ 2. — Juridictions compétentes, procédure, effets de la requête.	173
§ 3. — Conditions de recevabilité du recours	176
I. — Fin de non recevoir tirée de la nature de l'acte	176
II. — Fin de non recevoir à raison de la qualité de la partie	179
III. — Fin de non recevoir à raison de l'inobservation des formes et délais	179

IV. — Fin de non recevoir résultant de l'existence d'un recours parallèle	181
§ 4. — Conditions de fond	182
I. — Le droit atteint	182
II. — L'illégalité de l'acte.	187
III. — Précision résultant de ces deux éléments. Véritable fondement du recours	190
§ 5. — Effets de la décision. Que ce recours n'atteint pas le principe de la séparation des pouvoirs.	191

CHAPITRE III

LES JURIDICTIONS SPÉCIALES

§ 1. — Les organes juridictionnels créés par les lois spéciales	196
§ 2. — Les juridictions spéciales sont reliées au pouvoir judiciaire.	201
I. — Le système des lois spéciales	201
II. — La situation des juridictions spéciales par rapport aux dispositions constitutionnelles.	203
III. — La jurisprudence de la Cour de Cassation, Chambres réunies	205
§ 3. — Sens et caractéristiques des juridictions spéciales	206
I. — Principes de la matière.	206
II. — Les critiques que le système encourt.	207
III. — Signification de l'institution des juridictions spéciales	210

CHAPITRE IV

LES COMITÉS DE RÉVISION

§ 1. — Organisation	213
I. — Les organes	214
II. — Le fonctionnement	215
III. — La procédure	215
§ 2. — Compétence.	216
§ 3. — Voies de recours contre les décisions des Cours administratives	218
§ 4. — Observations critiques. — Signification des Cours administratives dans le système roumain.	220
CONCLUSION	225
BIBLIOGRAPHIE	231
TABLE DES MATIÈRES.	235

IMPRIMERIE
HÉRISSEY
: ÉVREUX :